

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ARTHUR RODRIGUES DALMARCO

**O CONCEITO DE “PARAÍSO FISCAL” E A TRIBUTAÇÃO DOS INVESTIMENTOS
INTERNACIONAIS EM PORTFÓLIO NO BRASIL**

**FLORIANÓPOLIS
2013**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ARTHUR RODRIGUES DALMARCO

**O CONCEITO DE “PARAÍSO FISCAL” E A TRIBUTAÇÃO DOS INVESTIMENTOS
INTERNACIONAIS EM PORTFÓLIO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
apreciação da banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC,
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coorientador: Ricardo Anderle, Me.

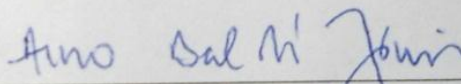
**FLORIANÓPOLIS
2013**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

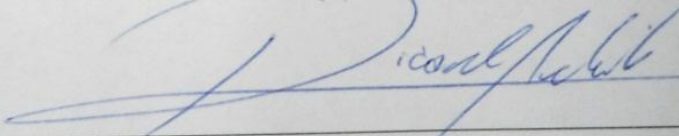
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O conceito de "paraíso fiscal" e a tributação dos investimentos internacionais em portfólio no Brasil**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Arthur Rodrigues Dalmarco**, defendida em **26/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

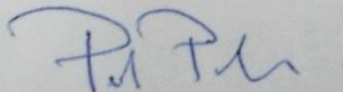
Florianópolis, 26 de Junho de 2013.



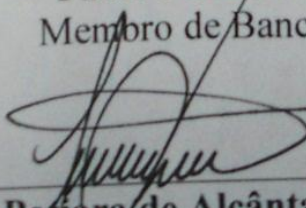
Arno Dal Ri Junior
Professor(a) Orientador(a)



Ricardo Anderle
Co-Orientador



Paulo Palchetti
Membro de Banca



Paulo Potiara de Alcântara Veloso
Membro de Banca

A Vânio,
A Alice,
A Heitor,
E a Maria Luiza.
Pela estima incondicional que apenas
os laços mais tenazes ata.

AGRADECIMENTOS

As trilhas acadêmicas e pessoais que seguimos ao longo da graduação são, por certo, curiosas. E, por curiosas serem, quase em sua totalidade nos conduzem a locais que não suporíamos ao seu início, ou identificaríamos ao longo de seu percurso. Admito que em face desse cenário de incerteza genuína, sobre o qual pouco podemos supor, o homem só encontra a possibilidade de escudar-se e engrandecer-se por meio de umas poucas e certas virtudes, que se manifestaram, ao longo do meu caminho, na figura de algumas pessoas especiais a quem dedico estas linhas como sinal de minha mais sincera estima.

Inicialmente, agradeço a meus pais e a meu irmão, por todo o incentivo e guarida que só uma família é capaz de ofertar. Sou-lhes grato infinitamente, tal qual o amor que por vocês nutro. De nada me valeria atingir meus objetivos se não pudesse compartilhá-los, todos, com vocês.

A minhas avós, Cerly e Antonina, pelo exemplo de tenacidade e força, cada qual a seu modo, e pela insuperável capacidade de atender aos pedidos mais caprichosos de um neto encantado pela generosidade de ambas.

A cada membro do Grupo *Ius Gentium* de Pesquisa em Direito Internacional, que não apenas me fortaleceu intelectualmente ao longo de todos esses anos, como me proporcionou experiências “não acadêmicas” e amigos únicos, minha mais sincera reverência.

A Lucas Carlos Lima e a Paulo Potiara de Alcântara Veloso, grandes e perpétuos amigos, confidentes, *consiglieri*, “decanos” da sala 313, e absolutamente responsáveis pelo impulso acadêmico que, por suas próprias vias, conduziu-me até este momento, oferto minha perene e inabalável admiração.

A Gustavo Henrique de Carvalho Schiefler, Bernardo Wildi Lins e Gustavo Miranda Schlösser, colegas de longa data com os quais compartilho uma tenra curiosidade por conhecimento, pelas ciências não-jurídicas, e, sobretudo, a inquietude natural de liberais inveterados.

Um especial agradecimento a Adalberto Dall’Oglio Júnior, Paulo de Souza Ávila, Felipe Gustavo Agne, Fabrício Cenci, Joel Girardi e Elton Victor Zuquelo, “mercenários” com quem, desde Agosto de 2008, dividi momentos incríveis.

A Ricardo Anderle, que me apresentou ao Direito Tributário e, sem medir esforços ou conselhos, me municiou teoricamente desde o início, nos tempos de escritório, para que eu pudesse empreender vôos mais altos, agradeço pela confiança e incentivo.

A Maria Luiza Gonçalves Gallotti Ramos da Silva, cujas inolvidáveis paciência, compreensão e carinho, findaram por tornarem-na irremediavelmente fundamental.

A Arno Dal Ri Júnior, que, anteriormente e ao longo de todos os anos em que convivemos, desenvolveu na sala 313 um refúgio amigo para profundas reflexões acadêmicas e políticas, dedico os mais elevados e sinceros agradecimentos.

“Tal como estão formuladas as leis fiscais, elas exigem que esta terra seja habitada exclusivamente por gênios matemáticos e inventivos, todos filhos naturais de Pascal e Descartes. As leis do imposto de renda são alteradas – contínua e mensalmente – por outras leis, decretos-leis, portarias ministeriais, pareceres normativos e outros atos de órgãos governamentais. A proliferação dessas alterações é tão rápida e contínua que o Governo não se dá mais ao trabalho de consolidar tudo em novo Regulamento do Imposto de Renda, cuja sigla, hoje, é uma ironia: RIR.”

Alfredo Augusto Becker

RESUMO

O cenário dos investimentos internacionais em portfólio no Brasil vem, no decorrer dos últimos anos, adquirindo relevo nunca antes observado, muito em virtude da evolução e ampliação dos mercados financeiros mundiais, da consolidação dos mercados financeiro e de capitais internos ocorrida na década de 90 e o consequente aumento no volume de capital vertido no país por meio desta modalidade de investimento. Os incentivos fiscais existentes para os investimentos em portfólio, concedidos aos investidores não residentes, impõem-lhes, contudo, o cumprimento de determinadas condições, dentre as quais não ser considerado residente, domiciliado ou sediado em “paraísos fiscais”. Nesse contexto, o objetivo deste estudo é verificar a extensão das alterações mais recentes promovidas na definição legal destas jurisdições pela Lei nº 11.727/2008, bem como avaliar seu consequente impacto nos regimes tributários que atualmente amparam as diversas modalidades de investimentos em portfólio existentes no Brasil. O instrumento teórico utilizado para precisar a medida destas alterações será o delineamento das regras-matrizes de incidência tributária do imposto sobre a renda oriundas das operações existentes nos mercados financeiro e de capitais brasileiros.

Expressões-chave: Investimentos Estrangeiros em Portfólio no Brasil; Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais; Países com Tributação Favorecida.

ABSTRACT

The scenario over which foreign portfolio investments in Brazil now lies has been gaining overwhelming importance over the last few years. Along with other reasons, the evolution and expansion of financial markets worldwide and the consolidation of Brazil's internal financial and capital markets system in the middle 90's, have contributed, consequently, for the current trading volume in this type of investment. The existing tax breaks conceded to non-resident portfolio investors imposes on them, nevertheless, the fulfillment of certain legal conditions, among which not being resident, domiciled or headquartered on jurisdictions classified as "tax havens". Accordingly, the purpose of the present study is to verify the extension of the recent changes made on the legal definition of these jurisdictions in Brazilian law by the Federal Law nº 11.727/2000, as well as to evaluate its consequent impact over the current tax regimes applicable to the existing different modalities of portfolio investments. The theoretical apparatus used to precise and comprehend the range of the changes made will be the incidence matrix-rule model, which establishes the logical structure of norms that regulate tax incidence – in the present case, on the incidence of income tax law in Brazil's financial and capital markets.

Keywords: Foreign Portfolio Investments in Brazil; Capital and Financial Markets Taxation; Tax Havens.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Fluxo de Investimentos Internacionais em Portfólio no Brasil.....	17
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Histórico de Introdução do Conceito de “Paraíso Fiscal”	38
Quadro 2 – Definição de países com tributação favorecida por modalidade de rendimento.....	40
Quadro 3 – Estrutura do Sistema Financeiro Nacional.....	52

SUMÁRIO

Sumário

INTRODUÇÃO	12
1. O CONCEITO DE “PARAÍSO FISCAL” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
1.1. O cenário dos investimentos internacionais em portfólio	15
1.2. “Paraísos fiscais”: instrumentos de recepção do conceito	19
1.1.1. O caso dos preços de transferência e demais operações: uma distinção conceitual.....	33
1.2.2. A regulamentação administrativa estabelecida nas Instruções Normativas nº 108/2002 e 1.037/2010.....	40
1.3. Tratados contra a dupla tributação internacional	43
2. TRIBUTAÇÃO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO.....	50
2.1. O mercado de capitais brasileiro e os regimes de tributação sobre a renda de investidor estrangeiro não residente	50
2.1.1. Regime convencional: investimentos não amparados pela Resolução CMN nº 2.689	61
2.1.2. Regime especial: investimentos amparados pela Resolução CMN nº 2.689 e o Investidor Qualificado.....	63
2.2. A regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre a renda ou proventos de qualquer natureza e o regime de substituição tributária nos mercados financeiro e de capitais	71
2.3. A desarticulação normativa em âmbito interno sob o prisma tributário: “paraíso fiscal” e a ausência de unicidade conceitual.....	87
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca sistematizar problemática de crescente importância para a compreensão da dinâmica de um segmento específico do cenário de investimentos internacionais no Brasil: o de investimentos em portfólio, realizados no mercado de capitais brasileiro, e sua interação com os “paraísos fiscais”, jurisdições cujo tratamento fiscal da renda é considerado atenuado.

A discussão se insere em momento histórico de crescente desconfiança nos mercados financeiros internacionais, após a eclosão da crise financeira norte-americana de 2008, que fortaleceu as pressões para reavaliação de certos institutos jurídicos de regulação¹.

Apesar de tais contingências, o mercado de capitais brasileiro permaneceu relativamente estável, registrando salto na movimentação total de investimentos internacionais no período de 2008 a 2012 – do saldo negativo de US\$ 1,08 bilhão no primeiro, ao saldo positivo (líquido) de US\$ 16,56 bilhões, ao final do segundo².

No entanto, uma das maiores dificuldades para o investidor não residente ainda reside na complexidade do sistema tributário brasileiro, que além de possuir regulamentações oriundas de inúmeras fontes normativas distintas³, encontra interpretações dissonantes para temas recorrentes, seja em âmbito legislativo ou jurisprudencial.

¹ Conforme relatório relativo ao ano de 2012, desenvolvido pela *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD). Disponível em: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>. Acesso em: 4 de Março de 2013.

² Dados extraídos da série histórica da balança de pagamentos do Brasil, divulgada pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>. Acesso em: 4 de Março de 2013. Note-se que os valores se referem exclusivamente aos investimentos estrangeiros em portfólio (FPI).

³ Art. 96 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) – A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Destaca-se que o exame aprofundado dos institutos jurídicos envolvidos em determinadas operações de investimento é de extrema importância para a identificação correta das balizas legais à execução de tais operações. Nesse sentido, a noção conceitual de paraíso fiscal adquire importância ímpar à investigação dos limites das referidas balizas jurídicas ao investimento internacional no mercado de capitais brasileiro.

O presente trabalho encontra-se dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, busca-se situar o debate proposto em perspectiva internacional, identificando, nesta, características relevantes à identificação do tratamento dado às jurisdições reconhecidas como paraísos fiscais. Ademais, explora-se detidamente os elementos identificadores de tais jurisdições na legislação pátria, sua origem conceitual, bem como o fundamento jurídico para definição das mesmas. Trata-se, ademais, das consequências jurídicas que os tratados internacionais para evitar bitributação exercem sobre a legislação interna atinente à matéria.

O segundo capítulo intenta descrever os atuais regimes de tributação sobre a renda em investimentos internacionais no mercado de capitais brasileiro, analisando-se a partir da identificação das operações possíveis, as normas regulatórias aplicáveis ao tema. Segue-se com a estruturação das respectivas regras-matrizes de incidência tributária do imposto sobre a renda aplicável, necessária à análise acurada das normas jurídicas tributárias abordadas.

Ao final do capítulo, explora-se celeuma advinda da atual relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o cenário internacional de investimentos. Aponta-se a existência de descompassos oriundos do atual regramento atinente às operações de investimento internacional (precipuamente entre leis e normas complementares – como resoluções administrativas, cartas-circulares, instruções normativas, etc.), realizado por investidor não residente, domiciliado em paraíso fiscal, em virtude da ausência de um conceito único para as jurisdições tratadas no presente estudo.

Em suma, objetivou-se identificar que há problema jurídico patente no tratamento tributário ofertado aos investimentos em portfólio realizados por investidor não residente, domiciliado em paraíso fiscal, no Brasil.

O problema foi identificado neste estudo a partir de duas dimensões distintas (e simétricas ao número de capítulos): a primeira dimensão se refere ao fato de que inexistente conceito único de “paraíso fiscal” nas leis tributárias que se ocupam da matéria; a segunda dimensão, tomando a primeira como premissa, verifica que as regras expedidas pelas autoridades fiscais para orientar sua atividade de fiscalização (instruções normativas da Receita Federal do Brasil) ignoram a existência de conceitos legais distintos para caracterização dos paraísos fiscais.

Deste equívoco decorre descoordenação que afeta sobremaneira o tratamento tributário dos investimentos em portfólio – segmento que possui um conceito de “paraíso fiscal” próprio –, visto que tal fato não é considerado pelo regramento administrativo atualmente em vigor, expedido pela autoridade administrativa competente.

Cabe mencionar, por fim, o esforço presente neste trabalho para tratar do tema escolhido. A pesquisa realizada demonstra que, apesar de exceções muito bem qualificadas, os grandes teorizadores da disciplina ainda se encontram em solo estrangeiro, e os dados que dão suporte à evolução da pesquisa brasileira encontram-se desorganizados em bases de dados isoladas entre si.

Dada a atualidade e relevância do tema proposto, busca-se abordar os pontos mais relevantes do mesmo, não tendo o presente trabalho a pretensão de esgotá-lo, mas sim, contribuir, ainda que timidamente, ao estudo do tratamento jurídico dedicado a esse segmento de investimentos internacionais no Brasil.

No tocante às referências bibliográficas, é importante salientar ainda que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé é (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O intento de tal fórmula é o de proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual sem renunciar às importantes contextualizações e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto, como a biografia dos autores, por exemplo.

1. O CONCEITO DE “PARAÍSO FISCAL” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 O cenário dos investimentos internacionais em portfólio

A compreensão dos debates que surgem do tratamento jurídico aplicável aos investimentos internacionais na modalidade de portfólio, nos termos propostos por este trabalho, requer do jurista que empreende tal tarefa a capacidade de observar a extensão – e, por conseguinte, as limitações – da regulamentação impingida sobre o objeto deste estudo, utilizando-se, por vezes, de conceitos financeiros e contábeis que dialogam com a disciplina analisada.

Na seara jurídica, o segmento que disciplina e orienta a delineação do grande campo dos investimentos internacionais; a disciplina jurídica que a eles oferece guarida – o direito dos investimentos – é caracterizada pela existência de três protagonistas, que se relacionam em operações complexas sob o prisma jurídico-normativo: o investidor, o Estado receptor do aporte de capitais, e o Estado a partir do qual o investimento é constituído⁴.

Isso posto, chama-se a atenção para o elemento que une os interesses dos agentes mencionados, o objeto ao redor do qual orbitam todas as questões de ordem tributária, contratual e, portanto, obrigacional, que se referem à problemática ora abordada: os investimentos internacionais.

Na atual ausência de um conceito legal internacional amplamente aceito para tratar dos investimentos, as leis nacionais acabam criando conceitos próprios, definindo juridicamente os investimentos de acordo com os propósitos de cada

⁴ JUILLARD, Patrick. **L'Evolution des Sources du Droit des Investissements**. Recueil des Cours de l'Academie du Droit International, The Hague, 1992, p.72.

sistema jurídico e, por conseguinte, dos interesses de cada país ao regular a matéria⁵.

No Brasil, o conceito jurídico de investimento estrangeiro (influxo) é o de *aplicação de recursos financeiros ou monetários por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior e, ainda os bens, máquinas e equipamentos que entram no Brasil sem dispêndio inicial de divisas e destinados à produção de bens e serviços no Brasil*⁶.

Apesar da necessária submissão dos investidores ao tratamento de cada Estado para a questão, há certas distinções conceituais que são aceitas internacionalmente, dentre as quais uma de fundamental importância ao presente estudo – a diferenciação entre investimentos estrangeiros diretos (FDI) e investimentos estrangeiros em portfólio.

O alicerce da distinção reside em três elementos: o objetivo do investimento, a natureza do investidor e as atividades relacionadas ao investimento que devem ser permitidas para garantir o gerenciamento do investimento⁷.

Nesse sentido, os investimentos estrangeiros diretos (FDI) são, de acordo com a classificação utilizada pela OCDE⁸ e pela Comunidade Europeia, aqueles realizados por investidor estrangeiro com o fito de criar laços duradouros com uma sociedade empresária, como as modalidades de investimentos que permitem a influência no gerenciamento de tal sociedade (seja na compra de quotas ou de ações)⁹.

⁵ SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection**. Nijhoff, 1997, p.305.

⁶ Art. 1 da Lei 4.131/62.

⁷ CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 3ª Ed. Paris : LGDJ, 1990, p.559.

⁸ De acordo com o Anexo A, do *Capital Movement Liberalisation Code*, atualizado em 2013, desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/capital%20movements_web%20english.pdf. Acesso em: 13 de Março de 2013.

⁹ Há que se notar, ademais, as diretrizes estabelecidas pelo FMI (Fundo Monetário Internacional) para sustentar a transparência dos dados utilizados para fins estatísticos – a determinação de que investimentos que superem 10% de participação na empresa-objeto de tal investimento devem ser considerados como FDI, e os que consubstanciarem uma porcentagem menor, devem ser considerados como FPI. Conforme os capítulos 18 e 19, do Balance of Payments Manual, disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 13 de Março de 2013.

Já os investimentos estrangeiros em portfólio (FPI) consistem na aplicação de fundos em mercados estrangeiros com propósitos financeiros, como a compra e venda de ações, títulos, debêntures, realização de empréstimos, além da negociação de outros valores mobiliários, em bolsa de valores ou mercado de balcão¹⁰.

O que se percebe nos últimos anos é um aumento considerável na quantidade de investimentos estrangeiros em portfólio realizados nos países emergentes¹¹. Contudo, como indica o estudo realizado pelo professor Giorgio Sacerdoti, embora haja uma superioridade no fluxo de capital dos FDI sobre os FPI, muito disso se deve ao fato de que um aumento sensível nas operações financeiras internacionais é muito dependente da confiança que o mercado financeiro deposita sobre as instituições e instrumentos jurídicos de regulação no país que receberá o investimento¹².

Uma vez que boa parcela dos países emergentes só atingiram essa “maturidade” financeiro-institucional na década de 1990, nada seria mais natural do que um desenvolvimento gradativo na utilização de tais mercados como forma de captação de recursos internacionais para os mercados internos nos anos 2000, tendência atenuada apenas pela crise financeira de 2008, e pela crise da Zona do Euro, iniciada na Grécia em 2010.

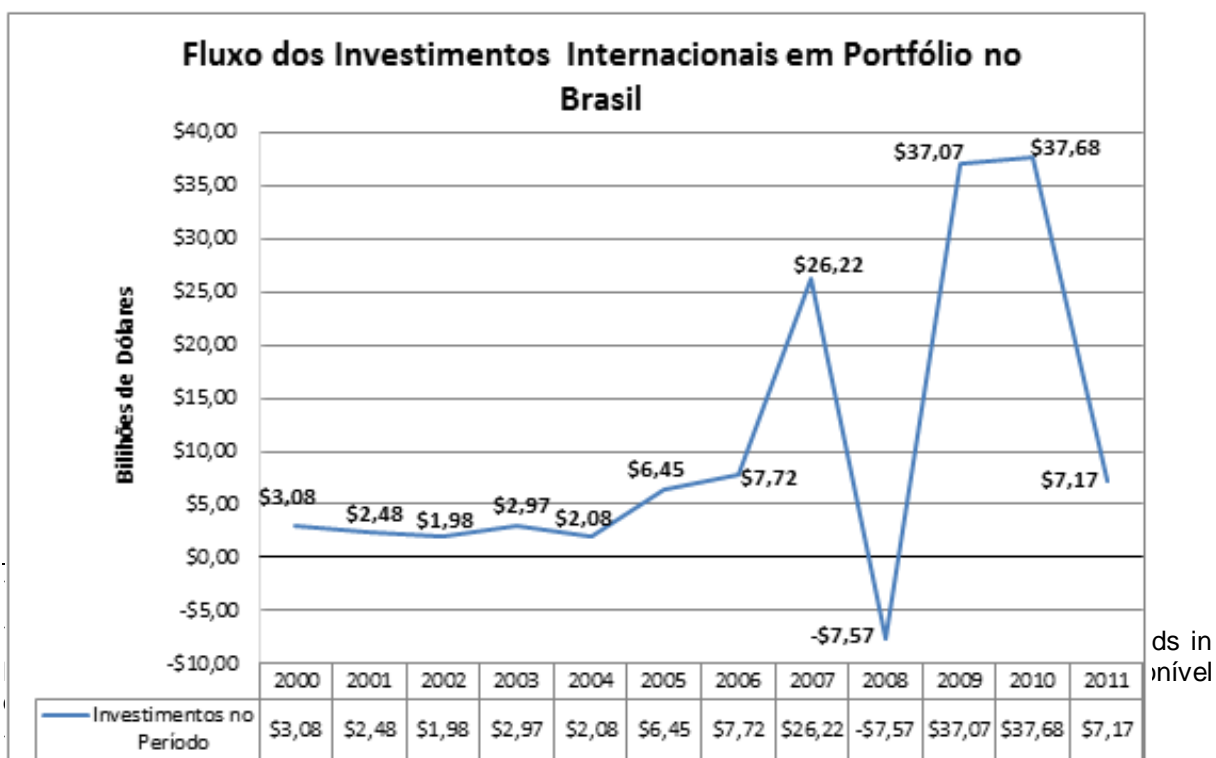


Gráfico 2 – Fluxo de Investimentos Internacionais em Portfólio no Brasil (inédito)

Fonte: Série histórica do Banco Mundial.

O gráfico acima demonstra que tal tendência ao fortalecimento dos mercados financeiros em países emergentes¹³, com especial atenção ao brasileiro, se concretizou em larga medida (conforme se percebe pelo descomunal aumento no valor total de investimentos nos últimos 10 anos), ao passo que os investidores internacionais foram paulatinamente desenvolvendo sua confiança na estabilidade institucional brasileira para tanto.

No cenário brevemente descrito, de crescente integração entre os mercados financeiros, e, por conseguinte, de aumento no fluxo internacional de capitais, um dos fatores mais relevantes para a tomada de decisão do investidor continua sendo o emprego de instrumentos que competem ao adequado planejamento tributário de suas operações¹⁴.

Admitindo-se a relevância das características fiscais dos Estados envolvidos na operacionalização dos referidos investimentos, impossível seria desvincular tais operações das jurisdições mais notórias a serem utilizadas com tal finalidade, os chamados “paraísos fiscais”.

Tendo isso em vista, ressalta-se que ambos, estudo e utilização, de tais jurisdições oscilam pelos mais diferentes matizes de opinião entre os juristas que se debruçam sobre a área; desde os mais favoráveis ao reconhecimento de tais jurisdições como instrumentos legítimos à prática de planejamento tributário elisivo, aos mais ferrenhos críticos, sustentando que a existência das referidas jurisdições põe em xeque a credibilidade do sistema financeiro internacional¹⁵.

¹³ SACERDOTI, 1997, p.268.

¹⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001, p.69.

¹⁵ TORRES, 2001, p.67.

Partindo-se dos dados e elementos apresentados acima, é possível perceber que o papel desempenhado pelos “paraísos fiscais” no cenário internacional de investimentos existe, de modo geral, em universo de percepções extremadas, que oscilam do reconhecimento de legitimidade à completa negativa da mesma. Sobre tais perspectivas, passa-se a deter olhar atento, e verificar os argumentos que compõem o debate.

1.2 “Paraísos fiscais”: instrumentos de recepção do conceito

O ordenamento jurídico brasileiro, nas oportunidades em que pode abordar o tema dos países com regime tributário favorecido, aparenta certa consonância conceitual com o que já vem, há algum tempo, sendo apontado pela OCDE¹⁶ e outros organismos independentes¹⁷ como concorrência fiscal internacional prejudicial¹⁸.

Ao invés de levar adiante conceituações muito abrangentes como as adotadas em um passado recente¹⁹, já criticadas em larga escala por juristas de

¹⁶ Perceptível no conhecido relatório Harmful Tax Competition, desenvolvido pela OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>. Acessado em: 13 de Março de 2013.

¹⁷ Um dos grandes exemplos atuais é a Tax Justice Network, que produz relatórios diversificados sobre o impacto da referida concorrência de forma segmentada em cada continente. Disponível em: http://www.taxjustice.net/cms/front_content.php?idcatart=2&lang=1. Acessado em 13 de Março de 2013.

¹⁸ A concorrência fiscal internacional “prejudicial”, “danosa”, ou “desleal”, é interpretada pelos juristas que abordam o tema (como Gilbert Tixier, Guy Gest e Antonio Pistone) como aquela que denota traços fiscais marcadamente agressivos, cujas legislações em matéria tributária extrapolam o que a comunidade internacional reputa como “políticas razoáveis” para que os Estados atinjam suas metas de desenvolvimento econômico por atração de investimentos estrangeiros. Tais práticas são vistas como verdadeira falta de ética diplomática, modalidades de erosão das receitas fiscais dos países que não fazem uso das mesmas, e que, por óbvio, são os menos beneficiados pela existência de jurisdições que tributam a renda em alíquotas muito baixas, ou conferem subvenções e subsídios para tornarem uma série operações – de financeiras, a societárias – muito menos onerosas ao investidor.

¹⁹ Richard A. Gordon, em extenso relatório enviado ao Secretário do Tesouro Norte-Americano, ao Advogado Geral para assuntos Fiscais, e ao Comissário Geral do Internal Revenue Service (IRS) na década de 1980 já expunha que: *“The term “tax haven” has been loosely defined to include any country having a low or zero rate of tax on all or certain categories of income, and offering a certain level of banking or commercial secrecy. Applied literally, however, this definition would sweep in many industrialized countries not generally considered tax havens, including the United States (the U.S. does not tax interest on bank deposits of foreigners). The term “tax haven” may also be defined by a “smell” or reputation test: a country is a tax haven if it looks like one and if it is considered to be one by those who care. Many publications identify jurisdictions as tax havens, and the same jurisdictions generally appear on all of the lists. [...] Many countries having tax haven characteristics are often bases for minimizing taxation on various types of perfectly legal income and activities. These same countries provide anonymity sought by persons evading tax laws. Accordingly, there is a problem*

diversos países²⁰, a OCDE, após realizar o já mencionado estudo *Harmful Tax Competition*, de grande contribuição ao Direito Tributário Internacional, classificou os “países com tributação favorecida” (participantes da mencionada concorrência fiscal internacional) em três categorias distintas: os *low tax systems*; os *preferential tax systems*; e os *tax havens* (“paraísos fiscais”).

Os *low tax systems* são compostos por países que possuem alíquotas efetivas objetivamente inferiores às daquelas de outros Estados, mas que não representam algo absolutamente nocivo à concorrência; os *preferential tax systems* referem-se aos países que possuem alíquotas muito reduzidas ou nulas de forma perene; por fim, os *tax havens* (paraísos fiscais), além de possuírem alíquotas muito reduzidas ou nulas, apresentam benefícios de ordem societária, bancária, penal ou financeira, que dificultam a identificação de operações fraudulentas pelos Fiscos de todo o mundo.

Isso posto, necessário identificar quais elementos tornam esse ponto do debate tão relevante às autoridades fiscais ao redor do globo, os motivos que as conduzem na busca por critérios objetivos para a identificação dos países que realizam concorrência fiscal prejudicial.

Heleno Taveira Torres resume a problemática instaurada afirmando que tais critérios de identificação compõem o primeiro passo, necessário à aplicação de quaisquer mecanismos de controle sobre ambos os envolvidos em operações realizadas com participação de tais jurisdições: tanto usuários; quanto os próprios países com tributação favorecida²¹.

Sobre os usuários, prossegue o tributarista pernambucano, em face das ações de controle interno dos Estados surtirem efeitos rapidamente, a espera pela

when looking at tax havens of combining legitimate and illegitimate activities and confusing the former with the latter. Care should be taken to avoid this”. GORDON, Richard A. *Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers - An Overview*. 1981, p. 14. Disponível em: <http://ia600308.us.archive.org/32/items/taxhavenstheirus01gord/taxhavenstheirus01gord.pdf>. Acesso em 15 de Março de 2013.

²⁰ Mykola Orlov, catedrático na Universidade de Kiev, condensou vários matizes de tal crítica quanto a pouca precisão da definição clássica de “paraíso fiscal” em seu estudo **The Concept of Tax Haven – a Legal Analysis**, endossado pelos professores Philip Baker e Tom O’Shea, da Universidade Queen Mary, de Londres. Disponível em: http://asterslaw.com/upload/iblock/6bb/mvo_041.pdf. Acesso em: 15 de Março de 2013.

²¹ TORRES, 2001, p.71.

resolução dos entraves por meio do Direito Internacional acaba por receber limites menos precisos. Todavia, segundo o professor Guglielmo Maisto²², apesar de tal fato, há algum tempo não se tem alcançado grandes êxitos partindo-se de soluções estabelecidas unilateralmente, por foro interno, o que restou bem demonstrado pela experiência de alguns países ao abordarem o problema sob tal perspectiva²³.

O objetivo de tais iniciativas é claro: evitar que operações que façam uso de sociedades estrangeiras domiciliadas em países com regime tributário favorecido consigam subtrair de forma “artificiosa” matéria tributável²⁴ e, ainda, que pela interposição de sociedade estrangeira residente nesses países, consigam os contribuintes transferir ativos (sejam eles financeiros, valores mobiliários, patentes, entre outros) com vistas a evitar a imediata tributação dos respectivos rendimentos,

²² Guglielmo Maisto, professor de Direito Tributário Internacional na Universidade Católica Piacenza, e presidente do International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), aponta, em seu estudo, a incapacidade dos dispositivos legais que tratam das sociedades estrangeiras controladas (i.e. *holdings*) na França, Alemanha, Japão, Grã-Bretanha e Estados Unidos, de comportarem todas as hipóteses e variações de formato dos países com tributação favorecida.

²³ MAISTO, Guglielmo. **Il Regime Tributario delle Operazioni Intercorrenti tra Imprese Residenti e Società estere Soggette a Regime Focale Privilegiato**. Riv. Dir. trib. Milano: Giuffrè, 1991.

²⁴ A exemplo do art. 238 A do *Code General des Impôts* da França, que dispõe: “*Les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.*

Pour l'application du premier alinéa, les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies.

Toutefois, les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, à l'exception de ceux dus au titre d'emprunts conclus avant le 1er mars 2010 ou conclus à compter de cette date mais assimilables à ces derniers, ainsi que les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, ne sont pas admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt, sauf si le débiteur apporte la preuve mentionnée au premier alinéa et démontre que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un Etat ou territoire non coopératif.

Les premier et troisième alinéas s'appliquent également à tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des Etats ou territoires visés, respectivement, aux premier et troisième alinéas.” Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 17 de Março de 2013.

utilizando-se do *tax deferral*²⁵ - forma de postergar o recolhimento dos tributos domésticos mantendo os rendimentos de investimento no exterior, onde a carga tributária é menos onerosa.

Porém, anteriormente à abordagem das formas de regulação atualmente utilizadas, é necessário retornar às duas modalidades ditas mais nocivas ao sistema financeiro internacional, descritas pela OCDE, para tratar os países com regimes tributários favorecidos. São elas o *Preferential Tax System* e os *Tax Havens*.

Preferential Tax Systems podem ser definidos como os sistemas de concessões que os Estados criam com o fito de desenvolverem determinados setores da economia utilizando-se de instrumentos fiscais, estimulando o influxo de capital estrangeiro para tanto²⁶.

Variando entre isenções, totais ou parciais (redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, entre outros), além de incentivos financeiros vinculados à arrecadação de tributos, como empréstimos facilitados, ou mesmo a demarcação de áreas geográficas favorecidas, a exemplo de zonas francas²⁷ (FTZ),

²⁵ Expõe Jane G. Gravelle: “One approach to mitigate the rewards of profit shifting is to repeal deferral, or to institute true worldwide taxation of foreign source income. Firms would be subject to current tax on the income of their foreign subsidiaries, although they would continue to be able to take foreign tax credits. According to estimates cited above, this change currently would raise from \$11 billion to \$14 billion per year. Many of the issues surrounding the repeal of deferral have focused on the real effects of repeal on the allocation of capital. Traditionally, economic analysis has suggested that eliminating deferral would increase economic efficiency, although recently some have argued that this gain would be offset by the loss of production of some efficient firms from high-tax countries. Some have also argued for retaining the current system or moving in the other direction to a territorial tax. These economic issues are discussed in detail in another CRS report (Disponível em: http://www.taxjustice.net/cms/front_content.php?idcat=148). Repeal of deferral would largely eliminate the value of the planning techniques discussed in this report. There are concerns, however, that firms could avoid the effects of repeal by having their parent incorporate in other countries that continue to allow deferral. The most direct and beneficial to reducing firms’ tax liabilities of these planning approaches, inversion, has been addressed by legislation in 2004. Mergers would be another method to counter the implementation of deferral, although mergers involve real changes in organization that would not likely be undertaken to gain a small tax benefit. Another possibility is that more direct portfolio investment (i.e., buying shares of stock by individual investors) in foreign corporations will occur. There has been a significant growth in this direct investment, although the evidence suggests this investment has been due to portfolio diversification and not tax avoidance”. GRAVELLE, Jane G. **Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion**. Congressional Research Service, Washington, 2013, p.24. Disponível em: <http://www.fas.org/spp/crs/misc/R40623.pdf>. Acesso em 17 de Março de 2013.

²⁶ TORRES, 2001, p. 73.

²⁷ Em estudo riquíssimo sobre os impactos e benefícios da utilização de Zonas Francas denominado “U.S. Foreign Trade Zones, Tax-Free Trade Zones of the World, and Their Impact on the U.S. Economy”, a professora de Direito Internacional da Thomas Jefferson School of Law, Susan

territórios aduaneiros favorecidos (ETZ), amortizações especiais, subsídio para início de atividades, zonas de investimento privilegiado, obrigatoriedade de reinvestimento a partir de ganhos de capital, entre muitas outras modalidades.

Embora país algum prescinda desses instrumentos ao guiar sua política fiscal, o excesso de utilização dos mesmos conduz à caracterização do referido sistema preferencial, em virtude da potencial “agressividade” que a prática abusiva é capaz de proporcionar.

Tax Havens, os países com tributação favorecida (“paraísos fiscais”), são reconhecidos como o exemplo último do emprego dos instrumentos já descritos em sua acepção mais arrojada, agressiva. Em geral, compõem-se de países cuja estrutura jurídica encontra-se organizada de um modo deliberadamente voltado para a atração e concentração de capitais em seus territórios, sem a mínima intenção de desenvolverem com tais instrumentos alguma atividade substancialmente produtiva.

Como buscam muito indiretamente implementar tais atividades (produtivas), em geral mantêm um sistema tributário mínimo, de baixa ou nenhuma incidência, com impostos dotados de alíquotas nominais e bases de cálculo limitadas, servindo como refúgio para investimentos passivos e depósitos, pondo a salvo os rendimentos de tais operações do exame das autoridades fiscais de outros países²⁸.

De acordo com Ricardo Enrique Riveiro²⁹, a origem dos países com tributação favorecida está intimamente ligada à própria história do Imposto de Renda. A partir do exemplo histórico da República do Panamá, pode-se verificar a propriedade da relação mencionada³⁰. Há ainda indícios da mesma tendência em

Tiefenbrun, aponta a existência, atualmente, de mais de 3.500 Zonas Francas ao redor do mundo, sendo que aproximadamente 770 se encontram nos Estados Unidos.

²⁸ TORRES, 2001, p. 74.

²⁹ RIVEIRO, Ricardo Enrique. **Planificación Impositiva Internacional – paraísos fiscais**. Sexto Congresso Tributário, 1998. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. p. 453-455.

³⁰ No ano de 1862, no governo de Abraham Lincoln, foi criado o primeiro imposto sobre a renda (income tax), tributando em 3% as rendas anuais pertencentes à faixa entre US\$ 600,00 e US\$ 10.000,00. A seguir, os ganhos acima de US\$ 5.000,00 passaram a sofrer incidência de uma alíquota de 10%. O cenário tributário ficou ainda mais hostil ao contribuinte quando em 1913, após a ratificação da 16ª Emenda à Constituição, foram declaradas inconstitucionais as normas que previam o imposto de renda anteriormente, passando a ser válidas apenas as que fossem editadas após a referida emenda. Em virtude disso, passou-se nova lei, estabelecendo a alíquota de 7% sobre rendas anuais superiores a US\$ 5.000,00. A partir de 1916, após o nascimento de fato do imposto de renda

outras regiões do globo, algum tempo após, como indica o estudo histórico de George Glos³¹, acerca das experiências ocorridas na Comunidade Europeia, quando em 1926, Liechtenstein instituiu a “Anstalt”, forma de constituição societária que a alçou à categoria de país com tributação favorecida.

Isso posto, pode-se perceber que o problema surgido a partir do exercício do poder de tributar por parte dos Estados – poder que se manifesta, tal qual o poder de reprimir, como um dos “braços” de expressão de ambas soberania e autonomia do Estado contemporâneo –, é sensível por parte da comunidade internacional, na medida em que é capaz de incentivar, ou estimular, a migração contundente de capitais entre as jurisdições.

Com efeito, quando se atenta para o fato de que a competição fiscal agressiva é capaz de corromper, em certa medida, as bases da utilização do Direito Tributário como vetor de integração entre os Estados (ao passo que se criam entraves à atividade arrecadatória dos mesmos e azo a inquietações de cunho político), passa-se a notar também que os esforços para abordar o tema do concurso de pretensões tributárias pluriimpositivas, entre duas ou mais ordens soberanas, não tem sido bem sucedidos ao buscar soluções. Isso porque, apesar de existirem meios para evitar a pluritributação, há de modo geral certa volatilidade nas políticas fiscais dos Estados, pouca uniformidade, o que pode implicar consequências negativas sobre a decisão de investir, ou não, por parte de potenciais investidores.

sobre pessoas físicas nos Estados Unidos, foi promulgado o primeiro Código Tributário do Panamá, que incluía isenção para todos os lucros originados em atividades comerciais no exterior, de empresas radicadas no Panamá. Além dessas características, em 1927, foi editada a *Corporation Law of Panama* (disponível em: <http://www.legalinfo-panama.com/english/corplaw.pdf>), até hoje em vigor com poucas alterações e que em inúmeras oportunidades foi reconhecida pela OCDE como legislação não-transparente, no que se refere à possibilidade de acesso a dados das companhias constituídas sob tais regimes. A jurisdição foi ainda arrolada em algumas oportunidades na “greylist” da organização (condição essa que foi modificada no ano de 2011, após reformas nas leis societárias do país). Consolidando-se como alternativa fiscal viável e próxima dos Estados Unidos, muitos contribuintes passaram a migrar seus investimentos e fazer uso da favorável legislação panamenha, até a crise de 1989, quando o sistema do Panamá perde parcela de seu sigilo a partir de uma investida do *Internal Revenue Service (IRS)* estadunidense. A partir de então, surgem outros atores no cenário fiscal internacional, figurando em papel semelhante ao desempenhado pelo Panamá, como as Ilhas Cayman, as Bahamas, as Ilhas Virgens britânicas, entre outros.

³¹ GLOS, George E. **The Analysis of a Tax Haven: The Liechtenstein Anstalt**. International Lawyer, 1984.

Reforçando tal constatação, o professor Antonio Pistone esclarece que embora a legislação tributária atinja, em princípio, apenas eventos ocorridos internamente aos Estados, não se pôde, ao longo da evolução dos institutos de direito tributário internacional, olvidar de definir certos eventos como passíveis de imposição fiscal, mesmo quando ocorridos no exterior³².

Considerando-se que esse dado é válido a todos os países – a busca por minimizar a fuga de matéria imponible e, por conseguinte, de receitas públicas –, é possível que surja indagação sobre eventual desrespeito ao princípio da territorialidade, tão caro à teoria geral do direito, e, sobretudo, ao direito tributário: ora, seria possível (e em que termos) que a norma tributária interna fosse capaz de abranger em sua previsão pessoas, coisas e fatos localizados no território de outro Estado?

E ainda, inversamente, seriam as leis tributárias estrangeiras capazes de abranger esses mesmos eventos em território nacional?

Sobre tais questões, debruçou-se extensivamente Alberto Xavier³³, em diversas oportunidades³⁴, de cujas lições se extraem elementos caros à análise ora proposta.

Primeiramente, há que se notar, nas palavras do mestre português, que essa discussão jurídica deriva de uma dicotomia cuja evidência passa, por vezes, discreta aos olhos do jurista: a dicotomia entre o âmbito de incidência da norma tributária e sua esfera de eficácia.

Alberto Xavier repisa, portanto, a classificação do renomado tributarista italiano Renato Alessi, reafirmando que o âmbito de incidência das leis tributárias relaciona-se à atuação legislativa do Estado, configurando a atividade tributária *in*

³² PISTONE, Antonio. **La Giuridificazione Tributaria in Rapporto Agli Altri Rami del Diritto**. Padova: CEDAM, 1994, p. 132.

³³ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

³⁴ XAVIER, Alberto. **Manual de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 19-20.

abstracto, ao passo que a esfera de eficácia das leis tributárias faz referência à atuação executiva do Estado, dando gênese à atividade tributária *in concreto*³⁵.

Nesse passo, internas ao âmbito de incidência das leis tributárias existem duas espécies de limites reconhecidos pela doutrina do Direito Internacional Público e pelo Direito Tributário³⁶. São eles os limites heterônomos e os limites autônomos.

Os limites heterônomos³⁷, apesar de terem sua existência duramente questionada pela doutrina tradicional, manifestam-se como uma consequência lógica da existência da soberania fiscal dos Estados sobre determinado território – uma “não-competência” de outros Estados sobre o mesmo território (por outro giro verbal, o simples fato de haver certa competência para instituir tributos, em um determinado território, por uma determinada ordem soberana, implica, inversamente, a negativa dessa mesma competência para ordens soberanas diversas).

Os limites autônomos, por sua vez, referem-se a limitações estabelecidas pelo próprio legislador, ao formular estruturalmente o âmbito de incidência das leis tributárias, e também às limitações estabelecidas em normas de convenções que objetivam evitar a dupla e pluritributação internacionais.

A importância do apontamento das classificações de limites ao âmbito de incidência das leis tributárias reside no fato de que a eles cumprirá o papel de balizar a escolha do elemento de conexão entre as pessoas, coisas ou fatos, que, embora ocorridos em território estrangeiro, poderão sofrer exações fiscais, no Brasil, em virtude de tal critério.

Dito de outro modo, os instrumentos teóricos acima indicados servirão para que se possa melhor perceber o problema do alcance das leis tributárias em plano internacional, que se manifesta precisamente na dificuldade de identificar-se qual critério de conexão é relevante para definir se a norma tributária interna possui, ou não, poder para tributar eventos ocorridos no exterior.

³⁵ ALESSI, Renato; STAMMATI, Gaetano. **Istituzione di Diritto Tributario**. Torino: Torinese, 1964, p. 29.

³⁶ KNECHTLE, Arnold. **Basic Problems of International Fiscal Law**. Deventer: Kluwer, 1979, p. 34.

³⁷ XAVIER, 2004, p. 12.

A exemplo do que se quer significar, traz-se dois casos utilizados por Rutsel Silvestre Martha³⁸, em que fica evidenciada a fragilidade dos elementos de conexão usualmente eleitos pela legislação interna dos países para qualificar fatos jurídicos, e que geraram problemas aos investidores pela violação aos limites da soberania dos países envolvidos – em virtude da confusão por parte da autoridade administrativa ao ter de definir, precisamente, o alcance das leis tributárias aplicáveis aos casos.

No primeiro caso³⁹, conhecido como “*Honey affair*”, um cidadão norte-americano chamado Honey possuía mulher e filha que passavam uma temporada em Frankfurt. Para sustentá-las, Honey – que nunca saía dos Estados Unidos, ou possuía bens em Frankfurt –, remetia periodicamente determinadas quantias em dinheiro para a cidade alemã. As autoridades fiscais de Frankfurt, contudo, tentaram caracterizar a situação de Honey como de residente na Alemanha, utilizando como critério de conexão as remessas financeiras que para lá efetuava.

Nesse caso, embora seja pacífico que a residência da pessoa no território de um Estado legitime o poder tributário deste sobre a mesma, pôde-se perceber um esforço das autoridades fiscais para que, mesmo sem uma presença física relevante do norte-americano em Frankfurt, tentassem exacioná-lo a partir do critério de conexão “residência”.

Adiante, a segunda situação ilustrativa aborda o caso de Frank W. Ross⁴⁰, cidadão residente no Canadá e que nunca teve bens, negócios, ou foi residente nos Estados Unidos. Contudo, Ross era acionista de uma sociedade estrangeira (*Ross Corporation*) da qual recebia dividendos. Essa sociedade, por sua vez, era quotista de outra empresa, norte-americana. Em função dessa relação entre as sociedades, o Fisco estadunidense pretendeu tributar os dividendos percebidos por Ross ao argumento de que, indiretamente, a fonte de produção dos dividendos eram os Estados Unidos.

Nessa situação, percebe-se o esforço das autoridades administrativas fiscais estadunidenses para aplicar o princípio de que a localização da fonte de produção

³⁸ MARTHA, Rutsel Silvestre. **The Jurisdiction to Tax in International Law**. Deventer: Kluwer, 1989.

³⁹ MARTHA, 1989, p. 90.

⁴⁰ MARTHA, 1989, p. 157.

ou pagamento no território de um Estado legitima o poder de tributar desse mesmo Estado. A eleição dos critérios de conexão mostra-se, novamente, fonte potencial de problemas, quando não se lhes dá a devida atenção.

Em ambos os casos – que abordam apenas uma fração ínfima das situações possíveis – se pode notar que a causa determinante de eventuais violações à soberania fiscal, e da própria segurança dos investidores estrangeiros, situa-se na fragilidade dos critérios de conexão adotados pelas leis internas⁴¹: no primeiro, a remessa financeira equiparada à residência; no segundo, a fonte de produção do lucro de uma subsidiária equiparada à fonte de produção do lucro da matriz.

Para o presente trabalho, importa destacar que os fundamentos acima expostos são relevantes na medida em que se faz, no segundo capítulo, incursão na forma com que a adoção do “princípio da universalidade” (*world income taxation*⁴²), como elemento de conexão, repercute no regime de tributação da renda de pessoas jurídicas, ao ser conjugado à aplicação de critérios pessoais como nacionalidade, domicílio e residência⁴³.

Migrando-se ao outro polo da dicotomia, à esfera de eficácia das leis tributárias, ocorre uma contundente mudança de dimensão na análise do tema: admitidos os pressupostos do âmbito de incidência, que implicam a impossibilidade das autoridades administrativas exercerem suas prerrogativas noutro Estado⁴⁴ – em respeito ao princípio da soberania que informa o Direito Internacional Público –, admite-se, por conseguinte, a negativa de competência dessas mesmas autoridades

⁴¹ XAVIER, 2004, p.16.

⁴² Em que pese a doutrina referendar a opção legislativa de utilização do princípio da universalidade como uma tendência contemporânea dos Estados, com vistas a dar efetividade a suas leis tributárias anti-elusivas (a exemplo do posicionamento de Heleno Torres), já se percebe que a pressão exercida ao utilizar-se de critérios de conexão pessoal aos ganhos e rendimentos auferidos no exterior tem, em verdade, criado um estímulo para criação de novos países com tributação favorecida, na medida em que os investidores estrangeiros passam a buscar por alternativas jurisdicionais que os protejam dos efeitos ultraterritoriais que o alcance das normas de Direito Tributário Internacional passam a ter.

⁴³ PISTONE, Antonio. *Diritto Tributario Internazionale*, in: **L'Ordinamento Tributario**. Padova, CEDAM, 1986, v. III, p. 1-7.

⁴⁴ RUDOLF, Walter. **Über Territoriale Grenzen**. München: Geburtstag, 1975, p. 784.

administrativas para realizarem diligências instrutórias, promoção de intimações, ou mesmo de levarem a efeito a execução de créditos tributários vincendos⁴⁵.

Situação absolutamente diversa é constituída a partir da edição de atos administrativos internamente a um Estado, e cujos efeitos jurídicos se façam sentir relativamente a determinados eventos ocorridos em Estado estrangeiro⁴⁶. Tais atos traduzem-se essencialmente na forma de *ordens*, tendo por objeto a prestação de informações, ou apresentação de documentos, relevantes ao procedimento administrativo ou processo judicial, que necessite das mesmas em matéria fiscal.

Alberto Xavier atribui a esse fato elevada consideração, distinguindo o âmbito pessoal de eficácia do âmbito objetivo de eficácia⁴⁷, com o fito de demonstrar como as opções realizadas pelo legislador interno são fundamentais para garantir uma melhor ordem ao sistema, conferindo sempre especial atenção ao estudo das implicações advindas do critério de conexão (com o evento ocorrido em Estado estrangeiro) eleito.

Além dos fundamentos teóricos já expostos, existe a necessidade premente de se avaliar como essas considerações sobre o elemento espacial da regra-matriz, que tangem o alcance da lei tributária no espaço, informam o princípio da territorialidade nas situações abrangidas pelo presente trabalho. Em virtude disto,

⁴⁵ MANN, Frederick Alexander. **The Doctrine of Jurisdiction in International Law**. In: **Studies in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 111.

⁴⁶ SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen. **Die Extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten**. Frankfurt: Klostermann, 1962.

⁴⁷ Assevera o mestre lisboeta: “Quanto a este tipo de atos, há que distinguir o âmbito pessoal de eficácia, ou seja, as pessoas que podem ser deles destinatários e o âmbito objetivo de eficácia, ou seja, os elementos de informação ou prova que podem ser exigidos.

No que concerne a estrangeiros, o âmbito de eficácia tem que delimitar-se em função da soberania territorial, exigindo-se assim uma conexão relevante com o território. Se se tratar de um residente, não se colocam dúvidas quanto à legitimidade ordem, face ao Direito Internacional Público. Se, porém, se tratar de não residente, a validade da ordem pressupõe uma conexão relevante com o território. Assim, por exemplo, foi considerada legítima *subpoena* notificada por tribunal americano à sucursal de Nova York do Banco de Tóquio, pois apesar de este ser pessoa jurídica domiciliada no Japão, tinha nos Estados Unidos um estabelecimento permanente através do qual exercia a sua atividade bancária. Mas já extravasaria os limites da soberania territorial ordem que tivesse por destinatário subsidiária independente domiciliada no exterior, ainda que a ordem fosse dada à sociedade-mãe residente no país; ou ordem que tivesse por destinatário a sociedade controladora domiciliada no exterior, ainda que fosse dada a subsidiária residente no país.

A questão do âmbito de eficácia objetiva coloca-se na hipótese inversa, ou seja, de pessoas nacionais ou residentes de um Estado e em que o objeto da ordem respeita a meios probatórios localizados em território estrangeiro. É exatamente o que ocorreu com a *subpoena* dirigida ao First National City Bank (Estados Unidos) para apresentar documentos da sua sucursal na Alemanha.” XAVIER, 2004, p.19-20.

sobre o princípio da territorialidade prestar-se-á maior consideração no item 3.1, ao tratar-se dos fundamentos para o desenho da regra-matriz em sua plenitude.

No que se refere às demais condições do presente trabalho, o que se irá verificar é que em face de determinados casos em que a legislação interna de países estrangeiros não obriga, ou autoriza, as instituições (financeiras, bancárias, societárias, etc.) a cederem informações a autoridades administrativas estrangeiras, a legislação brasileira impõe um ônus fiscal acentuado, por considerar tais jurisdições “paraísos fiscais” (conceito coloquial, conforme elucidado adiante, para tratar dos países com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados).

Dito isto, a presença de países com tributação favorecida no contexto internacional acaba por atender a uma demanda de investidores que, buscando evitar a bitributação dos rendimentos auferidos em aplicações financeiras internacionais, utilizam-se das referidas jurisdições para: ou deslocar o critério subjetivo da regra-matriz de incidência a partir da transposição da residência ou nacionalidade para esses territórios (por meio de *holdings*, ou *shelf companies*); ou pela modificação do critério material, com o deslocamento da fonte efetiva dos rendimentos, entre outros⁴⁸.

Delineado tal cenário, realiza-se um apontamento semântico a fim de esclarecer este argumento. Como se pode observar, a infinidade de facetas com que determinadas políticas fiscais são levadas a efeito pelos Estados levaram os organismos internacionais a definirem “categorias” de jurisdições, com base na finalidade com que determinadas posturas fiscais são adotadas. Nesse sentido, a categoria mais agressiva identificada foi a dos países com tributação favorecida, *tax havens*, ou “paraísos fiscais”.

A definição que se passará a utilizar neste trabalho, a mesma utilizada pela doutrina ao abordar o tema, estabelece que “países com tributação favorecida” são aqueles em que o tratamento fiscal de não-residentes, ou equiparados a residentes, aplicam uma reduzida ou nula tributação⁴⁹ sobre os rendimentos, podendo

⁴⁸ TORRES, 2001, p.78.

⁴⁹ O IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation) estabelece a seguinte definição: “*Tax haven in the ‘classical sense’ refers to a country which is used to avoid tax which otherwise would be payable in a high-tax country. Tax havens are generally countries which exhibit the following features: nil or low tax rates of tax on income, capital gains, etc.; stringent bank or commercial secrecy rules;*

apresentar ainda sigilo bancário absoluto, falta de controle de operações de câmbio e grande flexibilidade para constituição, administração e sigilo de sócios nas formas societárias locais.

Conforme a maioria das tentativas em definir os critérios para identificação de países com tributação favorecida, pela doutrina, foi se demonstrando falível, dada especificidade e pluralidade de modelos que os mesmos apresentam (HUCK, 1997, p. 258), muitos países decidiram por identificar topicamente os países com tributação favorecida, fosse para aplicação de norma geral antielusiva, ou por meio da criação de *blacklists*.

Em geral, nos países que adotam o método de “lista negra”, existe uma disciplina antielusiva já em vigor que se aplica automaticamente às operações realizadas com residentes ou domiciliados nos países listados. Tais regras podem ainda vir seguidas de indicações materiais ou subjetivas, categorizando a modalidade de rendimento ou forma da pessoa jurídica que está sendo levada em consideração⁵⁰.

Uma das críticas mais contundentes ao referido método de categorização por listas é que para a formulação das mesmas, em geral, utiliza-se um critério de comparação nominal entre as alíquotas aplicáveis (cuja referência é de 20% sobre os rendimentos⁵¹, utilizada para distinguir altas, ou “aceitáveis”, cargas tributárias,

lack of exchange control; refusal to cooperate with foreign tax authorities, a limited tax treaty network or no tax treaties at all, excellent communication facilities and promotion as a financial centre. The relief from income tax etc. is generally partly offset by sundry initial and annual registration fees which form an important source of revenue for the tax haven country (...) the term can also encompass countries with normal tax systems but those whose tax codes favour certain types of entity or types of activity. In contrast to a classical tax haven, these countries may generally have an extensive treaty network which can be used to take advantage of the exemptions, preferences, etc”. International Bureau of Fiscal Documentation. **International Tax Glossary**. Amsterdã: IBFD, 1996. p. 299.

⁵⁰ Nesse sentido, como se demonstra adiante, o sistema brasileiro é muito semelhante ao italiano. A blacklist da Itália também procura descrever tanto características fiscais, quanto societárias (em alguns casos), para definir os países que integram a lista dos países com tributação favorecida. Os Decretos Ministeriais de 4 de Maio de 1999 e de 21 de Novembro de 2001 regulamentam a matéria em território italiano.

⁵¹ Heleno Torres (2001) afirma de maneira contundente que a utilização da alíquota de 20% sobre os rendimentos, como um marco de referência, é algo meramente convencionalizado, não tendo sido definido de acordo com critérios de precisão. O problema essencial da abordagem de comparação nominal é que ela torna impossível de se distinguir um país que tem a carga tributária baixa em virtude de a mesma conseguir atender seus compromissos orçamentários integralmente, de um outro país, que o faz com vistas a obter vantagem fiscal descolada de finalidades produtivas substanciais. Tal descompasso é ampliado sobremaneira pela não consideração de outras variáveis relevantes à confecção das *blacklists*, com objetivo de separar com maior precisão os casos existentes.

das baixas), que não é capaz, por si, de consubstanciar a totalidade de aspectos relevantes à categorização de certas jurisdições como países com tributação favorecida ou não.

Pietro Adonnino⁵², em ensaio que marca a consolidação da referida crítica quanto ao tratamento da matéria, é claro ao abordar a patente necessidade de se perceber a conexão entre as diferentes variáveis que devem instruir a qualificação dos países com tributação favorecida⁵³, e não apenas o critério comparativo-nominal, entendimento antagônico que é, com propriedade, endossado por grandes estudiosos no tema, como Angelo Contrino⁵⁴.

Ademais, afora a crítica mencionada, grande debate ocorre em torno da “taxatividade” das listas que indicam rol de países com tributação favorecida. Tal debate ocorre porque, em primeira análise, se a lista for entendida como mecanismo de determinação objetiva, amparada por norma geral antielusiva, poder-se-ia concluir que a existência da lista acabaria por afastar a norma geral, aplicando-se a mesma apenas aos países arrolados.

Por outro lado, caso se entenda que a lista não traz em si insculpido rol taxativo, mas sim exemplificativo, a conclusão seria absolutamente diversa: não apenas a regra geral antielusiva se aplicaria a todos os casos passíveis de subsunção a ela, como a própria lista, com países dispostos topicamente, poderia eventualmente conter países que não detém os requisitos legais (da norma geral) para tanto, seja por uma alteração na política fiscal da jurisdição (mudança de alíquota a maior), seja por motivo de desatualização da própria lista.

⁵² Pietro Adonnino, advogado italiano, habilitado a atuar perante a Corte Superior italiana e a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, é o atual presidente da International Fiscal Association, da Unione delle Camere degli Avvocati Tributaristi da Itália e, ainda, catedrático de Direito Tributário na Università di Roma – Sapienza, tendo se destacado pela ativa participação no Consiglio Supremo delle Finanze.

⁵³ Veja-se: “Limitare la comparazione fra i regimi fiscali ad un confronto tra le aliquote nominali dell'imposta non avrebbe avuto alcun significato, per cui si è dovuto fare riferimento alla fiscalità effettiva, all'incidenza, quindi, in termini di decurtazione del reddito, quale risultato della considerazione di tutte le variabili che concorrono a definirla ed in primo luogo alla determinazione della base imponibile”. ADONNINO, 1993, p. 504.

⁵⁴ Angelo Contrino, professor associado de Direito Tributário na Università Luigi Bocconi de Milão, autor de inúmeras obras de Direito Tributário Europeu e Internacional, principalmente sobre os temas de elisão fiscal e abuso do Direito Tributário. A obra a que a referência alude chama-se “Elusione Fiscale, Evasione e Strumenti di Contrasto: Profili Teorici e Problematiche Operative”, 1996.

Dito de outro modo criar-se-iam condições para o completo caos no planejamento tributário internacional que envolvesse tais jurisdições, quando se encontrassem no “limbo normativo” descrito: sua alíquota efetiva é superior à prevista em lei para classificá-la como país com tributação favorecida (o que implica um determinado tratamento fiscal), porém, a jurisdição está arrolada na *blacklist* como se “paraíso fiscal” fosse (que ensejaria tratamento fiscal diverso e mais oneroso).

A construção evidenciada coloca em xeque a ausência de segurança jurídica no tratamento do investidor não residente que pretenda no Brasil verter capital. Veja-se que não apenas o sistema passa longe de se fazer entender por vias claras, como também oferece larga margem na própria atividade de fiscalização da autoridade fazendária – fato esse que não deveria, de forma alguma, ser uma preocupação do investidor não residente, a quem interessa apenas a clareza e transparência dos instrumentos jurídicos que regulamentam seu investimento.

Isso posto, passa-se a analisar detidamente a legislação brasileira acerca do tema, para que se possa, no capítulo 3, perceber como o descompasso entre os elementos trabalhados pode gerar insegurança fiscal para o investidor estrangeiro, em portfólio, no Brasil.

1.1.1 O caso dos preços de transferência e demais operações: uma distinção conceitual

Com vistas a adentrar no tratamento fiscal oferecido aos investimentos estrangeiros em portfólio no Brasil, realizados a partir de “paraísos fiscais”, é necessário demonstrar as diferentes origens das definições legais que os países com tributação favorecida possuem em nosso ordenamento jurídico.

A distinção prévia que deve ser feita é entre o conceito de país com tributação favorecida disposto na legislação de preços de transferência, utilizado com alguma frequência para se remeter a operações que com ele não guardam

qualquer relação, e o conceito de país com tributação favorecida adotado por outros dispositivos fiscais, utilizado em operações diversas das de preços de transferência.

É o caso do presente trabalho, em que a tributação dos rendimentos de beneficiários domiciliados ou residentes nas referidas jurisdições tem conceito próprio, aplicável somente ao mercado financeiro e de capitais⁵⁵.

Nesse sentido, é necessário que se apresente ambos os conceitos, para fixar as distinções adequadas e demonstrar as diferentes origens dos mesmos. O desenho apropriado da regra-matriz de incidência tributária depende da correta integração de tais conceitos aos institutos jurídico-tributários que se aplicam ao presente trabalho, advindo desse fato a relevância da distinção que se passa a expor.

Inicialmente, a lei que inaugurou tratamento tributário diferenciado aos países com tributação favorecida, no Brasil, foi a Lei 9.430/1996, que em seu artigo 24 definiu tais jurisdições como aquelas em que não há tributação da renda, ou em que a tributação ocorra com alíquota máxima inferior a vinte por cento. O artigo menciona expressamente, em seu parágrafo primeiro, que para aferição da referida alíquota, deve-se levar em conta a legislação tributária dos países em questão no que se refere ao tratamento jurídico das pessoas físicas ou jurídicas⁵⁶.

A referida lei tem por objetivo disciplinar a tributação sobre a renda nas operações descritas em seus artigos 18 a 22, que tratam das operações que envolvem preços de transferência⁵⁷.

⁵⁵ Veja-se: BELLAN, Daniel Vitor; SANTOS, João Victor Guedes. Origem do Capital Investido: Regimes Diferenciados de Tributação. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁶ A distinção no tratamento oferecido às pessoas físicas e jurídicas, atentando, portanto, à *natureza jurídica* do ente, é, conforme se demonstrará, relevante para a definição do critério subjetivo da regra-matriz, que foi sofrendo alterações pelas legislações posteriores.

⁵⁷ Os preços de transferência, segundo o International Tax Glossary, podem ser conceituados como a determinação dos preços a serem cobrados entre empresas relacionadas – particularmente pelas companhias internacionais – relativamente a transações entre vários membros de seu grupo (venda de bens, prestação de serviços, transferência e uso de tecnologia e patentes, mútuos, entre outros) em diferentes jurisdições. A doutrina é uníssona, ainda, ao afirmar que esse conceito é sempre tratado de forma neutra, sem implicar – pelo fato de as empresas estarem relacionadas – qualquer tipo de favorecimento nas negociações que as envolve, principalmente no que se refere a conhecidas formas de manipulação de informações com finalidade elusiva (TORRES, 2001).

Portanto, após exposta a primeira manifestação legal a respeito dos países com tributação favorecida, passa-se à segunda remissão a esse conceito no ordenamento jurídico brasileiro, introduzida pelo artigo 8º da Lei 9.779/1999⁵⁸, que, além de disciplinar a alíquota de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) em 25% para operações em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, apenas repisa e se remete, à legislação tributária dos preços de transferência na Lei 9.430/1996.

Esse mesmo artigo oitavo, conforme se pode observar, faz uma ressalva a certos dispositivos da Lei 9.481/1997. A ressalva consiste no fato de que a Lei 9.481/1997 prevê isenção fiscal relativamente ao IRRF para certas operações (arroladas nessa mesma lei) realizadas por residentes ou domiciliados no exterior. O objetivo do artigo oitavo, portanto, foi de afastar o benefício da isenção fiscal quando os beneficiários das operações ressaltadas residem, ou estão domiciliados, em países com tributação favorecida.

Adiante no tema, a definição contida no artigo 24 da Lei 9.430/1996 surge novamente mencionada pelo artigo 47 da Lei 10.833/2003, segundo o qual o ganho de capital auferido por beneficiário residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida será sujeito, também, a uma alíquota de 25% de Imposto de Renda Retido na Fonte.

Perceba-se que, apesar da remissão ao conceito de país com tributação favorecida contida na Lei 9.430/1996, relativa aos preços de transferência, o mencionado artigo 47 inclui em seu rol o vocábulo “dependências” – territórios controlados por Estados soberanos –, que passaram a serem considerados “paraísos fiscais” quando possuírem tais regimes de tributação sobre a renda.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro integrou a categoria das dependências ao elenco de jurisdições que podem ser qualificadas como país com tributação favorecida (de acordo com a própria Lei 10.833/2003, isso se aplicaria estritamente no que se refere às operações em que se auferam ganhos de capital).

⁵⁸ **Art. 8º** Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

Tem-se, ainda, as alterações promovidas pela Lei 10.451/2002, que inseriu no artigo 24 da Lei 9.430/1996, um parágrafo terceiro, que instituiu a obrigatoriedade na separação entre a tributação do trabalho da tributação do capital. Relembrando-se, o dispositivo mencionado trata do conceito de “paraíso fiscal” aplicável à regra geral de tributação dos preços de transferência, que também por força dessa lei incorporou as “dependências” do país de residência ou domicílio do beneficiário de rendimentos auferidos no Brasil a esse segmento.

Em suma, portanto, esta alteração legislativa incluiu a definição de “dependências”, também, ao tratamento fiscal aplicável aos preços de transferência.

Outra inovação introduzida pela mesma lei, além da já mencionada inclusão das dependências no rol de jurisdições com tributação favorecida – para fins de tributação de preços de transferência –, foi a ampliação do próprio conceito de país com tributação favorecida, ao incorporar à Lei 9.430/1996 os países cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Por fim, em Junho de 2008, foi editada a Lei 11.727, que adicionou, por sua vez, um parágrafo quarto no artigo 24 da Lei 9.430/1996, passando a considerar países com tributação favorecida, no que se refere aos preços de transferência, também as jurisdições ou dependências cuja legislação não permita acesso a informações que habilitem a identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.

Thais de Barros Meira⁵⁹ destaca dois pontos interessantes a respeito dessa última alteração à Lei 9.430/1996. O primeiro é que a alteração promovida no dispositivo legal em comento não incluiu o termo “dependências” no *caput* do artigo 24, o que pode ensejar o entendimento de que dependências, tal como a Ilha da Madeira, não poderiam ser consideradas países com tributação favorecida, a menos que não permitam acesso às informações societárias e à identificação do beneficiário dos rendimentos.

⁵⁹ MEIRA, Thaís de Barros. Principais Aspectos Fiscais Relacionados ao Investimento Estrangeiro no Brasil. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011.

O segundo ponto é que ao utilizar a expressão “não permita”, o legislador criou grandes problemas ao intérprete da norma, uma vez que o acesso às informações e à identificação do beneficiário dos rendimentos pode depender de duas posições distintas dos países em questão: a uma, o país proíbe o acesso às informações completamente; a duas, o país não fornece elementos suficientes para que as autoridades fiscais possam consultar tais informações.

Se adotada a segunda hipótese de interpretação, em que a jurisdição em tela simplesmente não forneça os dados necessários à autoridade fiscal, ainda não há consenso (seja doutrinário ou em âmbito administrativo) quanto à possibilidade de o contribuinte, voluntariamente, fornecer as referidas informações (que seriam passíveis de confirmação pelas autoridades do país ou dependência em que esteja localizado o beneficiário), evitando, dessa forma, a aplicação do tratamento diferenciado – fiscalmente mais oneroso.

Prosseguindo no campo das modificações normativas, a Lei 11.727/2008 também incluiu outros dois artigos na Lei 9.430/1996, sendo eles os artigos 24-A e 24-B, introdutórios do conceito de “regime privilegiado” no ordenamento jurídico brasileiro, para fins de aplicação das regras de preços de transferência⁶⁰.

Para melhor visualização da evolução conceitual exposta até esse momento, o quadro sinótico a seguir enuncia as características que foram sendo incorporadas ao tratamento fiscal aplicável aos preços de transferência. Veja-se.

	Países com Tributação Favorecida	Regime Fiscal Privilegiado
	Ampliação do Conceito na Tributação de Preços de Transferência ao Longo do Tempo	Introdução do Conceito na Tributação dos Preços de Transferência
60	Lei 9.430/1996	-
rela	Lei 10.451/2002	-
entr	País ou dependência cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.	País que (1) não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20%; (2) conceda vantagens de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente sem a exigência de realização de atividade econômica substancial ou condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva; (3) não tribute, ou o faça a alíquota máxima inferior a 20%, os rendimentos produzidos fora de seu território; (4) ou não permitam o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.
juríd		
Par		
I – r		
II –		
a) s		
b) c		
III –		
aufe		
IV –		
dire		
A		
cap		
Par		
form		
part		

Quadro 1 – Histórico de Introdução do Conceito de “Paraíso Fiscal”

Fonte: BELLAN; SANTOS, 2011, p. 393-394.

Conforme se pode observar, a distância entre a determinação de ambos é tênue, na medida em que há, por vezes, sobreposição dos elementos qualificadores. A opção legislativa aparenta ter se inclinado à confusão, e não à simplificação do já imbricado sistema de tributação dos preços de transferência. Contudo, por se encontrar adstrita à determinação do critério subjetivo das regras de preços de transferência, a configuração de “regimes fiscais privilegiados” não pode ocorrer em regimes diferenciados de tributação, como o dos mercados financeiro e de capitais.

Com relação a este, a Lei 9.959/2000, em seu artigo sétimo⁶¹, cria restrição ao benefício de redução de alíquota previsto para investidores estrangeiros em portfólio no Brasil, pelo regime de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF). Tal restrição é estabelecida em função do local de domicílio, residência ou sede do investidor, caso situado em país que não tribute a renda ou a tribute em alíquota inferior a 20%, reproduzindo, assim, o conceito originalmente previsto nas regras de tributação dos preços de transferência.

⁶¹ Art. 7º – O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995, não se aplica a investimento estrangeiro oriundo de país que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País.

Dentre as conclusões que se pode extrair desse fato, a primeira é que a Lei 9.959/2000 encontra-se defasada com relação às demais leis que do tema se ocupam. Isso porque não considera relevantes nenhuma das características relativas aos sigilos bancário, fiscal ou societário, que as legislações mais recentes buscaram, com afinco, delimitar.

A segunda é que, como se terá a oportunidade de expor em detalhe, esse descompasso entre as normas cria lacunas legislativas, que longe de serem exclusivamente entraves à atuação do Fisco, também produzem grandes desconfiças no investidor estrangeiro que queira fazer uso de tais jurisdições, de forma lícita, para investir no Brasil.

Para tanto, o planejamento tributário internacional envolve, sabidamente, a escolha dos “melhores países” para composição das estruturas de investimento que melhor se associem aos interesses dos investidores. Essa avaliação qualitativa das operações de investimento pode ocorrer de forma direta ou indireta: direta quando se escolhe o país em função das operações que este ofereça; indireta quando se escolhe o país como intermediário (por motivos societários, fiscais, securitários, ou mesmo pela existência de tratado deste com o país de interesse final do investimento) de operações que visem extrair melhores resultados de um terceiro país⁶².

Nessa trilha, o quadro a seguir indica, em sua totalidade, os conceitos de países com tributação favorecida, nos diferentes segmentos de que se extraem rendimentos, no Direito Tributário Internacional do Brasil.

Ganho ou Rendimento	Dispositivo Legal Aplicável	Conceito de País com Tributação Favorecida Contido na Norma
Rendimentos em geral	Lei 9.779/1999, artigo 8º	País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o artigo 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.
Ganhos de Capital em Geral	Lei 10.833/2003, artigo 47	País ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.
Ganhos e Rendimentos (Mercados Financeiro e de Capitais)	Lei 9.959/2000, artigo 7º	País que tribute a renda à alíquota inferior a vinte por cento.
Preços de Transferência	Lei 9.430/1996, artigo 24	País que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento; País ou dependência cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua

⁶² E
ava
com
um
trib
para
etc.
em
apre
nos
resu
mer

o se
a do
em
a de
ição
nais,
ntos
ides
rias
aos
de

Quadro 2 – Definição de países com tributação favorecida por modalidade de rendimento

Fonte: Próprio autor.

Diante disso, o arcabouço legal que ampara o tratamento dos países com tributação favorecida encontra-se exposto em sua quase totalidade, restando pendente apenas a indicação dos instrumentos normativos que enunciam a *blacklist* de tais jurisdições no Brasil. Para tanto, a análise das normas administrativas de fiscalização expedidas pela Receita Federal do Brasil, de forma mais detida, faz-se necessária.

1.2.2 A regulamentação administrativa estabelecida nas Instruções Normativas nº 108/2002 e 1.037/2010

Com o advento da qualificação dos países com tributação favorecida, as autoridades fiscais se depararam com uma problemática até então inexistente: como otimizar a fiscalização de operações que envolvem tais jurisdições? Para respondê-la, as autoridades fiscais brasileiras adotaram o já descrito método de elaboração de “listas negras”, responsáveis por arrolar os países que preenchessem os elementos do conceito desenhado em lei.

Após a edição da Lei 9.430 em 1996, a Receita Federal do Brasil passou, então, a editar normas administrativas que contemplavam o único critério que diferenciava os países com tributação favorecida dos demais, qual seja, o de imposição fiscal sobre ganhos e rendimentos de residentes ou domiciliados nos países que não os tributavam, ou que o faziam utilizando uma alíquota máxima inferior a vinte por cento.

Nesse cenário inicial, com vistas a simplificar o ônus de fiscalização das autoridades fazendárias, o método de listas resultou na edição de três Instruções Normativas, com pouca variabilidade entre as mesmas, de nºs 164/99, 68/2000 e 33/2001.

Nesse sentido, destaca-se o fato de que a edição da primeira Instrução Normativa (IN) com tal finalidade ocorreu apenas três anos após a criação do conceito legal de países com tributação favorecida.

Isso se deveu às dificuldades que a Secretaria da Receita Federal encontrou, inicialmente, ao ser obrigada a analisar todo e cada caso em que investidor não residente auferia ganhos ou rendimentos compulsando as normas tributárias dessas jurisdições. Isso porque a fiscalização dependia exclusivamente da verificação individualizada da legislação das jurisdições integrantes dessas operações para qualificá-las, ou não, como “paraísos fiscais”.

A partir do emprego do método de listas, no entanto, percebeu-se que a atualização periódica das mesmas era capaz de facilitar não somente a fiscalização das operações pelas autoridades fazendárias, como também de alertar o investidor a respeito dos efeitos fiscais que recairiam sobre os resultados de seus investimentos, ao utilizar-se de uma das jurisdições dispostas na *blacklist* brasileira.

Adiante, a partir da edição da Lei 10.451/2002, e a já explicitada ampliação do conceito de países com tributação favorecida contido na mesma, foi necessária nova pesquisa das autoridades fazendárias, para verificar dentre as legislações dos países de todo o mundo aqueles que passariam a integrar, então, a nova “lista negra” fazendária.

É nesse contexto em que a Instrução Normativa nº 188/2002 é concebida; nela as jurisdições ou dependências que opunham sigilo a alguma modalidade de

composição societária de pessoas jurídicas, ou à titularidade das mesmas, também passam a ser qualificadas como países com tributação favorecida.

Nessa trilha, passados muitos anos desde o início da vigência da Lei nº 10.451/2002, novas alterações no tratamento fiscal das jurisdições com tributação favorecida foram introduzidas pela Lei nº 11.727/2008 – ainda que, conforme demonstrado no item anterior, exclusivamente ao caso dos preços de transferência – , resultando na edição da Instrução Normativa nº 1.037/2010, incluindo suas recentes alterações⁶³, que traz a lista de jurisdições atualizada, definindo para efeito de fiscalização da Receita Federal do Brasil, os países considerados como de tributação favorecida e de regimes fiscais privilegiados.

Com origem na IN nº 188/2002, e continuidade na IN nº 1.037/2010, aflora um primeiro grande problema que será abordado em momento oportuno, que consiste no seguinte fato: para efeito de tributação de ganhos e rendimentos nos mercados financeiro e de capitais – diferentemente do caso dos preços de transferência previsto na Lei 11.727/2008 –, o conceito disposto na Lei 9.959/2000 seria o aplicável, para correta qualificação do país como “paraíso fiscal”.

Disto decorre que a referida lei, à margem do que fazem supor as instruções normativas que do tema se ocupam, não incorpora outros elementos para qualificação das jurisdições além do critério de aplicação de alíquota máxima inferior a vinte por cento, restringindo necessariamente, nesse caso específico, a atuação do Fisco.

Dito de outro modo, as Instruções Normativas exaradas pela Secretaria da Receita Federal, que elencam as jurisdições que seriam países com tributação favorecida, passariam a conter grave vício ao se utilizarem de conceito mais abrangente (países com tributação favorecida segundo a legislação de preços de transferência), para abarcar casos sujeitos a legislação específica menos

⁶³ As modificações mais recentes na referida Instrução Normativa nº 1.037/2010 foram incluídas pela Instrução Normativa nº 1.045/2010 e pelos Atos Declaratórios Executivos nºs 10/2010, 11/2010 e 3/2011, que: incorporaram a Suíça como país com tributação favorecida; retiraram as *holding companies* de Luxemburgo do rol de regimes fiscais privilegiados; e alteraram o tratamento das *holding companies* constituídas na Dinamarca Reino dos Países Baixos, que passaram a serem tratados como regimes fiscais privilegiados quando tais figuras societárias não exercerem atividades econômicas “substantivas”.

abrangente (como a definição de países com tributação favorecida na legislação relativa a ganhos e rendimentos nos mercados financeiro e de capitais).

Tecidas estas breves considerações acerca da problemática, destaca-se que os elementos necessários ao aprofundamento da mesma serão expostos adiante, ao longo deste trabalho.

1.3 Tratados contra a dupla tributação internacional

Relevante ponto para análise, e que pode vir a influenciar a regra-matriz de incidência tributária aplicável sobre os rendimentos ou ganhos de capital em qualquer modalidade de investimentos – diretos ou em portfólio –, é o impacto jurídico que a ratificação de tratados em matéria tributária pode produzir na seara ora estudada, motivo que enseja análise mais detida sobre o tema.

Afirma Alain Pellet⁶⁴, com base no art. 2º, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que tratado internacional é qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional.

Nesse sentido, como bem observa Paulo Ayres Barreto⁶⁵, vem o Estado brasileiro firmando, nos últimos anos, diversos acordos internacionais com objetivo de evitar o fenômeno da dupla tributação internacional, notadamente em relação ao imposto sobre a renda. O interesse dos Estados com a edição desses tratados, com destaque os instrumentos bilaterais (o Brasil não é signatário, até o momento, de instrumentos multilaterais que objetivem evitar a dupla tributação), é evitar a dupla

⁶⁴ PELLET, Alain. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2009, p. 132.

⁶⁵ BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 162.

tributação a partir de concessões mútuas, renunciando a determinadas pretensões impositivas tributárias.

Outra característica interessante a ser indicada é que o Estado brasileiro utiliza, em regra, a Convenção Modelo da OCDE como “espinha dorsal” de seus tratados em matéria tributária, apresentando o histórico dos tratados ratificados pouca variação entre si⁶⁶, o que importa a necessidade de avaliar as nuances que os diferenciam face aos casos concretos.

Nas palavras de Reuven S. Avi-Yonah⁶⁷, o objetivo dos tratados mencionados é o de uniformizar a aplicação do princípio da residência como critério de conexão aplicável (que será abordado em profundidade no item seguinte), critério esse que vem se tornando majoritário em âmbito internacional, em detrimento ao princípio da fonte, que, conforme se verá adiante, acaba por produzir o fenômeno da dupla imposição tributária ao ser aplicado concomitantemente ao primeiro.

O que será caro a este estudo, e em cuja medida o estudo dos tratados contra a dupla tributação torna-se relevante, é a identificação da natureza jurídica do tratado internacional perante o ordenamento jurídico pátrio, e, sobretudo, de que forma as limitações definidas constitucionalmente ao direito tributário influenciam a recepção dos mesmos.

Primeiramente, destaca-se, há um debate que desde muito vem reclamando da doutrina uma resposta definitiva, e para o qual ainda não se definiu uma resposta definitiva: trata-se do debate sobre a adoção do monismo ou do dualismo pela Constituição Federal do Brasil.

O debate pode ser melhor avaliado a partir de dois problemas centrais, conforme assinala Alberto Xavier⁶⁸, (i) o primeiro se refere ao momento em que os tratados passam a ter eficácia na ordem jurídica interna; (ii) o segundo, aborda a

⁶⁶ Os países com os quais o Brasil mantém atualmente tratados para evitar a dupla tributação são seguintes: África do Sul; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; Coreia do Sul; Dinamarca; Equador; Eslováquia; Espanha; Filipinas; Finlândia; França; Holanda; Hungria; Índia; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Peru; Portugal; República Tcheca; Suécia; e Ucrânia. BELLAN; SANTOS, 2011, p. 398.

⁶⁷ AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law**: An Analysis of the International Tax Regime. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 169.

⁶⁸ XAVIER, 2004, p. 108-110.

identificação da posição hierárquica ocupada pelos tratados dentro do plexo normativo do sistema constitucional brasileiro.

Para responder às duas indagações, passa-se a expor os argumentos das duas correntes, justificando-se posteriormente qual das duas correntes orienta o presente trabalho.

A corrente monista no direito tributário é liderada pelos fundamentos do próprio Alberto Xavier⁶⁹, que justifica sua posição a partir de seis argumentos principais:

- (i) A identificação no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal⁷⁰, uma cláusula geral de recepção plena dos tratados, pela qual os tratados são recebidos *como tal* na ordem nacional, e não como leis internas;
- (ii) Na opinião do jurista, embora o dispositivo mencionado atribua expressa superioridade hierárquica apenas aos tratados em matéria de direitos e garantias fundamentais, segundo o jurista essa posição deve ser interpretada como reveladora de um princípio geral, incluindo-se então a matéria tributária arrolada no art. 150, *caput*, da Constituição Federal⁷¹, no rol de direitos e garantias individuais;
- (iii) Os Tribunais aplicam os tratados como tal e não como lei interna;
- (iv) A celebração dos tratados é ato da competência conjunta do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional (art. 84, inciso VIII e art. 49, inciso I), não sendo, portanto, admissível a sua revogação por ato exclusivo do Poder Legislativo;
- (v) O art. 98 do Código Tributário Nacional, materialmente lei complementar que dispõe sobre normas gerais de direito tributário, é expresso ao estabelecer a superioridade hierárquica dos tratados, sendo inadmissível

⁶⁹ XAVIER, 2004, p. 119-150.

⁷⁰ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷¹ **Art. 150** – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...]

restringir essa superioridade apenas a certas modalidades, não distinguidas em lei;

- (vi) nem o decreto legislativo, que formaliza o referendo do Congresso Nacional, nem o decreto do Presidente da República, que formaliza a promulgação, têm o alcance de transformar o tratado em lei interna.

Apesar do relevo dos fundamentos utilizados pelo mestre lusitano, a corrente antagônica à apresentada é encampada pelo professor Roque Antônio Carrazza, para quem o direito constitucional brasileiro adotou a teoria dualista, na medida em que os tratados internacionais firmados devem “passar pelo referendo do Congresso Nacional, para serem incorporados ao direito interno do País”, à dicção da própria Constituição Federal⁷².

No que assevera o mestre paulista, a fonte primária do direito tributário não é o tratado internacional, mas sim o decreto legislativo que o ratifica, ao incorporá-lo ao direito interno brasileiro, passando o tratado a figurar no mesmo patamar hierárquico das leis em sentido amplo⁷³.

Por sua vez, Paulo de Barros Carvalho, em sintonia com a opinião indicada, aponta que a percepção utilizada pelos adeptos da teoria monista não resiste a análise mais profunda do problema posto. Segundo o tributarista, a redação estatuída no art. 98 do Código Tributário Nacional – “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” – carrega equívoco incontornável, ao passo que os tratados internacionais, por si, não possuem “idoneidade jurídica para revogar ou modificar legislação interna, mas sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira”⁷⁴.

Expostos alguns dos argumentos mais marcantes às correntes, importa trazer as ponderações que, ao longo do presente estudo, se mostraram as mais robustas sobre o tema, ventiladas pelo professor Paulo Ayres Barreto: se as

⁷² **Art. 49** – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

⁷³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Mercosul e Tributos Estaduais, Municipais e Distritais**. In: Revista de Direito Tributário nº 64. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 186.

⁷⁴ CARVALHO, 2012, p. 92.

questões fulcrais associadas ao tema da “incorporação de tratados internacionais” devem ser resolvidas à luz do que dispõe a Constituição Federal, insta retornar à mesma para verificar qual a amplitude do vocábulo “ratificação” quando empregado pela Carta Constitucional para referir-se ao tema⁷⁵.

Por fim, que significa ratificar um tratado no direito brasileiro?

A “ratificação”, no direito pátrio, assume quatro significações diferentes, identificáveis ao longo do texto constitucional: ato do presidente ao rubricar ou assinar o texto a ser submetido ao referendo congressual; o referendo do Congresso Nacional ao texto convencional; o decreto-legislativo que dá publicidade ao referendo congressual; e, por último, a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação.

Em virtude da multiplicidade de significados possíveis, conforme bem observa Paulo Ayres Barreto, o uso indiscriminado e inapropriado de “ratificação” tem, não raro, originado debates estéreis desde seu ponto de partida. A descrição do procedimento de ratificação de um tratado ao direito interno, com a identificação de suas diferentes fases, requer, portanto, que o jurista reflita com cautela ao se ocupar do tema.

Em primeiro momento, o procedimento de ratificação tem início com a discussão e negociação dos termos do documento entre os representantes legais dos países envolvidos. O representante autorizado pela Constituição Federal a fazê-lo em nome do Estado brasileiro é o Presidente da República, que deverá rubricar o texto inicialmente acordado para envio ao Congresso Nacional com vistas a obter a aquiescência deste.

Em um segundo momento, o texto, submetido ao Congresso Nacional, é apreciado por ambas as casas, cuja rejeição individual já ensejaria desautorização ao prosseguimento do procedimento de ratificação. Se aprovado nas duas casas legislativas, o texto é encaminhado para assinatura do Presidente do Senado, que o publica na forma de decreto legislativo.

⁷⁵ BARRETO, 2001, p. 164.

Por fim, conforme anota José Francisco Rezek, a ratificação propriamente considerada ocorre apenas em momento posterior à publicação do decreto legislativo, com a troca e depósito do instrumento de ratificação, que nesse caso, deve ser entendido como “ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”⁷⁶. Segue-se a publicação de decreto do Poder Executivo Federal que dá publicidade a este último ato, e às obrigações assumidas internacionalmente.

Conclui-se, então, que o procedimento que envolve a incorporação de tratados internacionais ao direito interno brasileiro acaba por encerrar a transformação, em circunstâncias procedimentais análogas às que regem os convênios tributários entre os entes políticos, de determinadas obrigações assumidas internacionalmente em normas de direito interno.

O procedimento determinado pela Constituição Federal, acima explicitado, possui fase própria para aquiescência do Congresso Nacional com a intenção clara de tornar relativa a competência atribuída ao Presidente da República para celebrar tratados, na medida em que, sem tal referendo, consubstanciado em decreto legislativo, não se altera a ordem jurídica vigente. Em virtude de tal fato, reforça-se a tese de que a teoria incorporada pelo sistema constitucional brasileiro é a dualista, em detrimento da teoria monista.

Embora haja exceções à necessidade de submissão ao Congresso do texto rubricado, levantadas pelo professor Rezek⁷⁷, as mesmas não encontram aplicabilidade aos casos abordados pelo presente estudo – como bem destaca o professor Paulo Ayres Barreto⁷⁸ –, ao passo que tratados que versam sobre matéria tributária não apenas se encontram sujeitos ao ineludível efeito do princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal), como também prescrevem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional, tornando a participação das casas legislativas nacionais necessária à validade dessas normas em âmbito interno.

⁷⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁷⁷ REZEK, 2013, p. 64.

⁷⁸ BARRETO, 2001, p. 167.

Passando-se ao segundo problema, assentada a questão da ratificação dos tratados em matéria tributária, indaga-se: qual seria a posição hierárquica dos tratados, perante o ordenamento jurídico brasileiro, após sua incorporação?

Há parcela da doutrina que afirma haver, com fundamento no art. 98 do Código Tributário Nacional, superioridade hierárquica dos tratados face às demais normas que integram o sistema tributário brasileiro, supondo existir semelhança entre o regime constitucional brasileiro que disciplina a matéria e, por exemplo, o regime francês ou o argentino⁷⁹.

Segundo Estevão Horvath e Nelson Ferreira de Carvalho, essa posição não possui fundamentos sólidos, uma vez que não é atribuição de lei complementar definir a estatura jurídica dos tratados, mas sim da Constituição Federal, único instrumento apto a definir as competências dos entes federativos e de ditar, com força impositiva, a estrutura hierárquica das normas⁸⁰.

Realizando-se a busca nos moldes propostos pela doutrina dos autores, verifica-se que apenas nas matérias atinentes ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal – direitos e garantias fundamentais –, há admissão expressa do texto constitucional para uma supremacia hierárquica dos tratados face aos demais instrumentos normativos internos, constituindo-se, portanto, exceção à regra: não há, em matéria tributária, superioridade hierárquica entre os decretos legislativos que incorporam os tratados ao direito interno, e as leis em sentido amplo que versem sobre a mesma matéria⁸¹.

Uma última consideração há que ser feita, no entanto. Em razão das características do decreto legislativo editado com o fito de veicular as disposições de tratado que verse sobre matéria tributária – sobretudo a igualdade hierárquica –, os critérios utilizados para resolução de antinomias eventualmente produzidas entre o referido decreto e as demais leis tributárias internas são o da especialidade e o

⁷⁹ HORVATH, Estevão; CARVALHO, Nelson Ferreira de. **Tratado Internacional em Matéria Tributária pode Exonerar Tributos Estaduais?** In: Revista de Direito Tributário nº 64, 1993, p. 267.

⁸⁰ HORVATH; CARVALHO, 1993, p. 267.

⁸¹ BARRETO, 2001, p. 168.

cronológico⁸², orientando-se a sua aplicação pelos ditames, agora sim, do art. 98 do Código Tributário Nacional⁸³.

Em virtude do exposto, considera-se que as alterações produzidas pela ratificação de um tratado, que objetive evitar a dupla tributação internacional, no ordenamento jurídico brasileiro, implicam modificação idêntica àquela produzida por lei tributária interna no critério de conexão empregado pela regra-matriz de incidência do tributo objeto do tratado. Dito de outro modo, as alterações que o decreto legislativo que incorpora o tratado estatuir, produzirão os mesmos efeitos sobre a regra-matriz de incidência tributária que outra lei interna produziria, porquanto idênticas do ponto de vista hierárquico.

2. TRIBUTAÇÃO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

2.1 O mercado de capitais brasileiro e os regimes de tributação sobre a renda de investidor estrangeiro não residente

A tarefa de traçar a regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda sob o recorte proposto – casos que envolvem investidor estrangeiro não residente, sobretudo aqueles cujo domicílio fiscal declarado situa-se em país com tributação favorecida –, deve suceder a breve exposição de alguns conceitos adicionais sobre

⁸² Veja-se, ainda, posicionamento consoante, exposto pelo Supremo Tribunal Federal: “**EMENTA: PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS.** Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.” BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 662-2 de 28 de Novembro de 1996. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2013.

⁸³ AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170.

o ramo do direito que regulamenta o mercado de capitais, com vênua pela tautologia empregada: o direito do mercado de capitais.

Em primeiro lugar, indaga-se o que vem a ser o mercado de capitais, ou de valores mobiliários, objeto sobre o qual incidem os institutos jurídico-tributários doravante estudados?

O mercado de capitais é elemento que compõe o sistema financeiro nacional, cujo amparo jurídico encontra-se disciplinado no artigo 192 da Constituição Federal⁸⁴, o qual dispõe sobre as diretrizes em que repousam as normas gerais concernentes ao referido sistema. Pode ser definido como o conjunto de instituições e operações ocupadas com o fluxo de recursos monetários entre os agentes econômicos⁸⁵.

Por sua vez, as instituições que o compõem, responsáveis pela participação direta ou indireta nas operações reguladas e fiscalizadas, tem sua conformação no universo jurídico expressa em leis complementares próprias⁸⁶, dividindo-se, de forma simplificada, em: (i) órgãos normativos; (ii) entidades supervisoras; e (iii) demais agentes e operadores⁸⁷. Para facilitar o entendimento sobre a estrutura do Sistema Financeiro Nacional, de acordo com a divisão proposta, observe-se a composição abaixo:

Órgãos Normativos	Entidades Supervisoras	Operadores			
Conselho Monetário Nacional	Banco Central do Brasil (Bacen)	Instituições Financeiras Captadoras de Depósitos à Vista	Demais Instituições Financeiras Bancos de Câmbio	Outros Intermediários Financeiros e Administradores de Recursos de Terceiros	
	Comissão de Valores Mobiliários (CVM)	Bolsas de Mercadorias e Futuros	Bolsas de Valores		
Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)	Superintendência de Seguros Privados (Susep)	Resseguradores	Sociedades Seguradoras	Sociedades de Capitalização	Entidades Abertas de Previdência Complementar
Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC)	Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC)	Entidades Fechadas de Previdência Complementar (fundos de pensão)			

mercado de capitais brasileiro.

⁸⁷ PORCHAT, Dércio. Mercados Financeiro e de Capitais: Investimentos em Renda Fixa. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30-31.

Quadro 3 – Estrutura do Sistema Financeiro Nacional

Fonte: Banco Central do Brasil.

No que se refere ao plexo normativo mencionado, sua função primordial, ao que assevera a doutrina mais tradicional⁸⁸, é a de orientar e integrar o referido sistema dos mercados financeiro e de capitais. Por seu turno, as noções conceituais que dão significação à disciplina foram criações doutrinárias, isso porque além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que meramente balizam a matéria, não há conceitos expressos legalmente que definam as referidas locuções⁸⁹ – a saber, “mercados financeiro e de capitais”.

Embora não haja grandes dissonâncias doutrinárias sobre o papel desempenhado por cada um desses mercados (em que o mercado financeiro é responsável pela intermediação financeira entre poupadores e tomadores de capital, por meio de instituição autorizada; e o mercado de capitais se constitui, antagonicamente, como praça de desintermediação financeira por excelência – haja vista que a participação das instituições financeiras é meramente chancelatória das operações constituídas nesse mercado), é conveniente atentar para o fato de que enquanto no mercado financeiro as instituições participam diretamente, assumindo os riscos inerentes às operações com vistas a auferir lucro (*spread*) pela intermediação, no mercado de capitais os poupadores e tomadores de capital negociam diretamente entre si, o que acaba por elevar os riscos para o investidor⁹⁰.

⁸⁸ BIFANO, Elidie Palma. **O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 81.

⁸⁹ MOSQUERA, 1999, p.19.

⁹⁰ Isso se torna claro ao observarmos que, conforme expõem Ishikawa e Mellagi Filho (2011), os modelos mais utilizados pelos investidores no mercado de capitais, principalmente no mercado secundário (alienação e recompra de títulos e valores mobiliários), levam em conta de forma

Os negócios realizados no mercado de capitais não comportam, portanto, a interposição de qualquer instituição financeira que capte os recursos junto ao público (salvo operações em que a própria instituição financeira é compradora ou alienante de títulos e valores mobiliários), remunere-os, e os empreste a título oneroso a terceiros. Os melhores exemplos da relação direta⁹¹ existente nesse mercado encontram-se nas negociações de valores mobiliários em bolsa, ou em mercados de balcão (organizado), sendo objeto das transações os mais diferentes tipos de ativos – como debêntures, ações, contratos de *swap*, derivativos, entre outros.

Sob a dinâmica de um ambiente de riscos elevados, a melhor compreensão possível das regulamentações que balizam o segmento de investimentos em portfólio realizados no mercado de capitais brasileiro torna-se elemento de fundamental importância. Isso porque afora as oscilações ínsitas ao ambiente de mercado, as limitações impostas pelo tratamento jurídico das relações de direito que surgem nesse cenário não podem ser desconsideradas em nenhum momento, ao passo que a inobservância do regime legal de pequenos detalhes nas operações pode acarretar prejuízos de enorme vulto aos investidores.

Nessa mesma esteira, Roberto Quiroga Mosquera chama a atenção para oito modalidades de normas infralegais⁹² que atualmente desempenham tal função, dentre as quais, uma – juntamente com as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal, para os aspectos tributários –, possui caráter de protagonismo no presente estudo: a resolução emitida pelo Conselho Monetário Nacional.

acentuada premissas como o *trade-off* do investidor – o custo de oportunidade existente entre maior retorno e menor risco dos ativos, por exemplo.

⁹¹ Nas palavras de Fernando Zunuznegui, 2005, p. 16: “[...] *se puede distinguir desde el punto de vista económico dos modalidades de asignación del ahorro uno indirecto a través de la banca y outro directo acudiendo al mercado de valores*”. Fernando Zunuznegui é advogado na área de regulação financeira, assessor de investidores e instituições do setor financeiro na Espanha, ex-presidente do Grupo de Experts sobre Serviços Financeiros da Comissão Europeia FIN-USE, e conselheiro jurídico da Iberclear, quando operava sob o nome de Sistemas de Compensação e Liquidação de Valores na Espanha. Tem participado como consultor em projetos internacionais do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Doutor em Direito e licenciado em Direito e Economia pela Universidade Autónoma de Madrid, é atualmente professor de Direito do Mercado Financeiro na Universidade Carlos III de Madrid.

⁹² As oito modalidades são as seguintes, dispostas em ordem de hierarquia, de acordo com MOSQUERA (1999, p. 27): Resoluções do Conselho Monetário Nacional > Circulares do Banco Central do Brasil = Pareceres, Notas Explicativas, Portarias e Atos Declaratórios da Comissão de Valores Mobiliários.

As resoluções editadas pelo referido Conselho são, em verdade, decisões de cunho normativo, tomadas por maioria simples de seus membros⁹³, e publicadas no Diário Oficial da União, lhes garantindo eficácia imediata, salvo previsão em contrário na própria resolução.

Isso posto, insta retornar-se a assunto já explorado, que toca o alcance das leis tributárias no espaço. Para tanto, afora os elementos abordados, considerações adicionais acerca da aplicabilidade do princípio da territorialidade se tornam importantes.

A concepção clássica⁹⁴ delineia o princípio da territorialidade a partir de três dualismos conceituais distintos, que lhe servem de alicerce: (a) territorialidade em sentido positivo e em sentido negativo; (b) territorialidade em sentido pessoal e em sentido real; e, (c) territorialidade em sentido material e em sentido formal.

O primeiro dualismo, territorialidade em sentidos positivo e negativo, foi formulado consistentemente a partir da obra de Maxime Chrétien⁹⁵, donde se extrai que em seu primeiro sentido (positivo), as leis tributárias aplicar-se-iam irrestritamente a todos que praticassem fatos tributários internamente a um determinado Estado, sendo residentes ou não. Quanto ao sentido negativo, consideradas as ressalvas estabelecidas contemporaneamente ao estudo de Chrétien⁹⁶, o mesmo limita-se a significar que as leis tributárias cunhadas por Estado estrangeiro não possuem validade dentro da ordem jurídica interna, ou seja, que a atividade das autoridades administrativas responsáveis pela aplicação do direito de cada Estado estariam adstritas a aplicação de sua legislação tributária interna.

O segundo dualismo é, talvez, aquele que carrega consigo a maior relevância para o presente estudo. Isso porque o sentido real e o sentido pessoal da

⁹³ O Decreto nº 1.307 de 9 de Novembro de 1994 estatui em seu Anexo I, artigo 2º, os seguintes membros: Ministro de Estado da Fazenda; Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República; e o Presidente do Banco Central do Brasil.

⁹⁴ XAVIER, 2004, p. 23-28.

⁹⁵ CHRÉTIEN, Maxime. **A la Recherche du Droit International Fiscal Commun**. Paris: Sirey, 1955, p.68.

⁹⁶ A crítica se refere ao fato de que a lei tributária estrangeira pode integrar o ordenamento jurídico interno, fato esse que é verificável relativamente a questões prévias, pré-jurídicas, como as que determinam nacionalidade, residência, condição de diplomata, entre outras. Veja-se BLUMENSTEIN, Ernst. **Sistema di Diritto dele Imposte**. Milão: Giuffrè, 1954, p.101.

aplicação do princípio da territorialidade se remetem a tendências distintas na formação de critérios de conexão da lei tributária.

O sentido real se refere a uma percepção mais básica do fenômeno jurídico de incidência⁹⁷, na medida em que se origina da tendência de vincular certos fatos jurídicos por meio de elementos de conexão mais objetivos das situações da vida, como o local do exercício de uma atividade, o local da fonte de produção ou pagamento de um rendimento, o local de situação dos bens, entre outros.

Contudo, a conjunção de dados da realidade (a desmaterialização de certos pressupostos e a tendência de personalização dos impostos) produziram sobre as legislações tributárias mais recentes a migração do sentido de conexão “real” – mais vinculado ao território propriamente –, para o sentido pessoal, que atenta para outros elementos de conexão com o território, elementos da situação tributária internacional diretamente ligados aos aspectos subjetivos do tributo – diferentes da nacionalidade, que seria facilmente aplicado ao sentido “real” – como a sede, o domicílio, ou a residência do contribuinte⁹⁸.

O professor lisboeta não deixa de observar que a doutrina limitou, em inúmeras ocasiões, a noção conceitual do princípio da territorialidade ao primeiro sentido exposto (real), enquanto atribuía o segundo sentido a princípio diverso, o princípio da pessoalidade.

Ao final, importa afirmar que essa distinção produzida pela doutrina é cara ao presente estudo, por ser atualmente consolidada em nosso cenário jurídico – entre o critério territorial, ou critério europeu-continental (latino-americano), e o critério pessoal, ou critério anglo-saxônico⁹⁹. Por outro lado, conforme já afirmado, existe uma crescente tendência a imprimir-se a pessoalidade como critério de conexão, sendo o caso abordado no presente trabalho um exemplo categórico disto.

O terceiro dualismo atenta à territorialidade em sentido material e à territorialidade em sentido formal. A distinção pode ser facilmente notada se

⁹⁷ XAVIER, 2004, p. 24.

⁹⁸ XAVIER, 2004, p.25.

⁹⁹ PEREZ DE AYALA, José Luis; GONZALEZ, Eusebio. **Curso de Derecho Tributario**. Madrid: Editorial Edersa, 1991, 87-88; VOGEL, Klaus. **Der Räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm**. Berlin: Metzner, 1965, p. 115.

empregarmos os elementos conceituais sobre a abrangência da lei tributária no espaço, segundo seu âmbito de incidência e sua esfera de eficácia, tratados no item 2.2.

A territorialidade em sentido material relaciona-se intimamente com a esfera de eficácia da lei tributária, porquanto o conceito de sentido material de territorialidade é capaz de respeitar a posição abstrata da norma jurídica positivada em um determinado Estado sem atentar contra a soberania de outro¹⁰⁰. Isso se deve ao fato de que a legislação tributária que é promulgada utilizando critérios de conexão que atinjam fatos tributários ocorridos em outros Estados não poderá ter os créditos tributários oriundos de sua incidência exigidos em Estado estrangeiro.

Embora a afirmação acima pareça em alguma medida óbvia, servirá bem para delimitar o outro sentido da territorialidade – o sentido formal, que significa precisamente que as leis tributárias só são suscetíveis de execução coerciva no território da jurisdição a que pertencem¹⁰¹.

De ambos os conceitos se extrai a conclusão lógica de que, ao passo que o efeito extraterritorial do primeiro de forma alguma ofende a soberania fiscal de Estado estrangeiro, a extraterritorialidade no segundo sentido, o formal, constituiria, fatalmente, violação de soberania¹⁰².

A crítica feita à concepção clássica, exposta a partir dos três dualismos acima, se concentra em um único fato, a esta altura já evidenciado: o deslocamento dos alicerces do princípio da territorialidade como um mero referencial sobre um *locus* geográfico, facilmente perceptível em relações jurídicas mais simples (de cunho real), para um sentido de personalização dos tributos, capaz de melhor se adequar à capacidade contributiva dos indivíduos, bem como de estabelecer

¹⁰⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 257.

¹⁰¹ Veja-se mais sobre esse dualismo em: UDINA, Manlio. **Il Diritto Internazionale Tributario**. Pádova: CEDAM, 1949, p. 84; SACHETTO, Claudio. **Territorialità (Diritto Tributario)**. In: **Enciclopedia del Diritto**, XLIV, Milão, 1992, p. 303.

¹⁰² ROTHMANN, Gerd Willi. **Considerações sobre Extensão e Limites do Poder de Tributar**. In: **Estudos Tributários em Homenagem a Rubens Gomes de Sousa**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 219.

consistente critério de conexão com o fato jurídico tributário, é hoje um fato nas ordens jurídicas de todo o mundo¹⁰³.

Muito por isso, a doutrina contemporânea do Direito Tributário Internacional não se olvida em reafirmar que em virtude do atual sentido percebido pelo princípio da territorialidade, o mesmo já não possui carga semântica relacionada a critérios de conexão reais, mas sim pessoais¹⁰⁴. Tanto o é que, atualmente, a construção dogmática na quase totalidade da comunidade internacional utilizou elementos do mesmo (princípio da territorialidade) para construir critérios de conexão com conteúdo preceptivo mais denso, a exemplo dos critérios de residência e de fonte.

A tributação nos mercados financeiro e de capitais seguem essa mesma tendência de pessoalidade. Conforme se observará adiante, o critério de conexão empregado pela legislação tributária pátria para tratar dos casos de investidores internacionais é justamente o de residência, sendo os regimes especiais de tributação orientados por esse critério.

Bem pelo exposto, passa-se a trabalhar o critério de conexão por residência, na forma que a ele se remete a legislação tributária brasileira, aplicável aos mercados financeiro e de capitais. Com isso, antecipa-se o desenvolvimento de elemento importante ao desenho da estrutura lógica da norma tributária *in comento*, o imposto de renda incidente sobre investimentos internacionais realizados por não-residentes no Brasil, oriundos de países com tributação favorecida.

Abordar o princípio da residência, no cenário atual de tributação da renda internacional, exige do jurista o esforço de perceber o grande conflito atualmente travado pelas legislações tributárias internas dos Estados, entre este princípio e o princípio da fonte. O motivo do debate é sintético, embora complexo em conteúdo: a diversidade dos critérios de conexão adotados pelos Estados pode implicar dupla, ou pluri, tributações internacionais.

Face ao aumento vertiginoso no fluxo de capitais internacionais verificado nos últimos anos, a distinção entre os países em que se situam as empresas ou

¹⁰³ MARQUES DOS SANTOS, António Novais. **As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado**. Vol II. Coimbra: Almedina, 1991, p. 770.

¹⁰⁴ VOGEL, Klaus. **On Double Taxation Conventions**. Deventer: Kluwer, 1997, p. 10; MANN, 1973, p. 31.

receptores de investimentos, produtores de rendimentos ou renda – o país da *fonte* –, e os países onde residem os titulares dos fundos fornecidos para tais empreendimentos, que percebe os rendimentos ou renda no exterior – o país da *residência*¹⁰⁵ –, deve ser destacada.

Clarificando o argumento, o fato acima descrito a respeito da realidade tributária internacional tem sua origem na possibilidade de superposição na incidência das normas tributárias internas a cada Estado sobre um mesmo rendimento, em virtude das seguintes circunstâncias: ou utilizarem critérios de conexão distintos (i.e., um Estado utiliza o local de produção da renda; o outro utiliza o de residência do beneficiário); ou, ainda, em casos de utilização do mesmo critério de conexão (mantendo-se o exemplo da residência) com conteúdo jurídico positivado diverso um do outro, de forma que o mesmo sujeito possa ser tido como residente, simultaneamente, em ambos os Estados em concurso¹⁰⁶.

Não cabe aqui exaurir tema ainda efervescente na doutrina internacional, mas cumpre destacar que há um consenso mínimo já estabelecido entre os Estados, e referendado por juristas de renome¹⁰⁷, de que tanto a pretensão impositiva do Estado que produz o rendimento (princípio da fonte), quanto do Estado que recebe o rendimento (princípio da residência), são legítimos, residindo as maiores divergências, atualmente, apenas quanto à amplitude de utilização de um ou outro princípio.

Face ao cenário de evolução dos institutos jurídicos que orbitam o tema, onde se situa, atualmente, a legislação brasileira aplicável? Para esclarecer o questionamento, e o inserir na problemática do trabalho, importa asseverar que o atual Regulamento do Imposto de Renda (RIR)¹⁰⁸ e a Instrução Normativa nº 208 de

¹⁰⁵ XAVIER, 2004, p. 255.

¹⁰⁶ COLLAÇO, Isabel de Magalhães. **Da Qualificação em Direito Internacional Privado**. Lisboa: Editorial Império, 1964, p. 35.

¹⁰⁷ VOGEL, Klaus. **Worldwide vs. Source Taxation Income – a Review and Re-evaluation of Arguments**. International Tax Review, 1988, p. 8-11; BÜHLER, Ottmar. **Principios de Derecho Internacional Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 244; WILLIAMS, David. **Trends in International Taxation**. Amsterdam: International Fiscal Association, 1991, p. 107.

¹⁰⁸ BRASIL. **Decreto nº 3000, de 26 de Março de 1999**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/rir/L2Parte1.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2013.

2002 são os diplomas que atualmente fornecem os elementos de que se precisa para que se siga adiante com a análise.

A distinção entre residentes e não residentes¹⁰⁹ possui definição expressa na Instrução Normativa nº 208 de 2002¹¹⁰ quanto a pessoas físicas – tendo sua aplicação quanto ao Imposto de Renda (IR) balizada, ainda, pela interpretação conjugada dos artigos 16 e 682 do RIR –, que lista as condições que, se cumpridas individualmente, já caracterizam o estado de residente ou de não residente para efeitos fiscais no Brasil.

Conforme estabelece a instrução normativa mencionada, considera-se residente no país todo indivíduo que aqui resida em caráter permanente, ou que se ausente do Brasil para prestar serviços a autarquias ou repartições do Governo brasileiro no exterior, com vínculo de emprego, independentemente do prazo de permanência no exterior.

As pessoas físicas que ingressarem no Brasil com visto permanente, a partir da data de sua chegada, também são consideradas pela lei como residentes. Já para os casos em que o visto de ingresso no Brasil tenha sido expedido em caráter temporário a pessoa física só passará a ser considerada residente nas seguintes situações: (i) a partir a data em que chegar ao país, se aqui ingressar para trabalhar com vínculo de emprego; (ii) a partir da data em que completar 184 dias de permanência no país, consecutivos ou não, dentro de um período de até 12 meses; ou (iii) a partir da data em que obtiver visto permanente no país, ou que estabelecer uma relação de emprego no país, antes de completar o período de 184 dias mencionado.

¹⁰⁹ Quanto à definição da condição de residência, assevera Alberto Xavier: “Note-se que nos referimos à noção de residência para efeitos fiscais que, em si mesma, é independente da noção de residência para fins administrativos genéricos e cuja aquisição, conservação e perda obedece a regulamentação autônoma, constante da legislação de estrangeiros. Assim, uma pessoa pode ser considerada fiscalmente residente no exterior, em virtude dos critérios de uma Convenção contra a dupla tributação, sem que isso importe a extinção do “status” de residente no Brasil, notadamente do visto de residência permanente, podendo por exemplo exercer as funções (como as de administrador de sociedade comercial) que exijam tal requisito.” XAVIER, Alberto. **Tributação da Remuneração de Administradores com Dupla Residência**. In: **Direito Tributário e Empresarial – Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 173; QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. Barueri: Manole, 2003.

¹¹⁰ BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, de 27 de Setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2002/in2082002.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2013.

Inclui-se no rol, ainda, o brasileiro que havia adquirido a condição de não residente e que decida retornar ao país com ânimo definitivo, bem como o residente no país que se ausentar do Brasil em caráter temporário ou definitivo, mas sem entregar a Declaração de Saída Definitiva do País durante os primeiros 12 meses após a sua saída. Totalizando, portanto, um total de sete hipóteses.

Por outro lado, conforme expõe João Francisco Bianco¹¹¹, são consideradas não residentes no país, além todas as pessoas físicas que não residam em caráter permanente no Brasil e que não preencham adequadamente as condições dispostas acima, também as pessoas jurídicas com sede no exterior, pelo que se depreende do artigo 3º da Instrução Normativa 208 de 2002.

No que tange as pessoas jurídicas, cumpre trazer as lições de Roberto Quiroga Mosquera a respeito do tema¹¹², deixando desde já assentado que a legislação brasileira não faz, para fins tributários, qualquer diferenciação quanto à modalidade de personalidade jurídica do investidor não residente, que tenha no Brasil realizado investimentos nos mercados financeiro e de capitais.

Isso porque, conforme se exporá ao tratarmos da regra-matriz de incidência tributária do IR, há substituição tributária para a maioria dos casos de investimentos internacionais nesses mercados – situações em que o imposto será recolhido na fonte –, sendo ainda, para as situações em que o recolhimento ocorre de forma distinta, obrigatória a existência de representante designado pelos investidores não residentes para atuarem como seus procuradores perante as autoridades administrativas (Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central) e fiscais (Receita Federal do Brasil). O domicílio fiscal será, por conseguinte, o do procurador

¹¹¹ BIANCO, João Francisco. **Investimentos Estrangeiros no Brasil**. In: **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiro e de Capitais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 191.

¹¹² Assevera o mestre paulista: “No que diz respeito à tributação, pelo imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, dos rendimentos e ganhos de capital auferidos por residente ou domiciliado no exterior em operações no mercado financeiro e de capitais, não há qualquer diferenciação aso ele seja uma pessoa física ou jurídica.

A regra-matriz tributária do IR, neste capítulo estudada, é a mesma tanto para a pessoa natural quanto para a sociedade domiciliada no exterior. Bases de cálculo, alíquotas, prazos de pagamento, isenções, etc., são aplicáveis indistintamente entre as diferentes espécies de personalidades jurídicas.

Pode aparentar estranho o fato de se incluírem no final da definição, ora em análise, as pessoas jurídicas. No entanto, desde que elas não estejam devidamente constituídas no País e atuem diretamente, a legislação as considera como residentes ou domiciliadas no exterior.” (MOSQUERA, 1999, p. 273-274)

habilitado, observando-se no que couber, ainda, o disposto no artigo 127 do Código Tributário Nacional¹¹³.

Isto posto, passa-se a examinar de forma mais acurada o regime jurídico que informa o tratamento legal aplicável aos investidores estrangeiros, não residentes, cujo capital é oriundo de países com tributação favorecida, e que pretendem aplicá-lo em portfólio no mercado de capitais brasileiro.

Para tanto, a norma que servirá de paradigma, e que orienta a abordagem do tema no presente trabalho, é a Resolução 2.689/2000, do Conselho Monetário Nacional, responsável por regulamentar, entre outros assuntos, o ingresso, o registro e a aplicação de capital estrangeiro no mercado de capitais do Brasil.

2.1.1 Regime convencional: investimentos não amparados pela Resolução CMN nº 2.689

O dispositivo que prevê a regra geral de incidência do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos por não residentes nos mercados financeiro e de capitais é o artigo 78, da Lei 8.981/1995. O caput do referido artigo é claro ao asseverar que os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo imposto de renda, previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação a um rol de operações previsto próprio artigo. As operações apontadas são as seguintes:

a) Rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

¹¹³ **Art. 127.** Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

- b)** Ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;
- c)** Rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimento.
- d)** Ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro¹¹⁴, fora de bolsa;
- e)** Ganhos líquidos auferidos em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;
- f)** Rendimentos auferidos em operações de swap.

Além desses dispositivos, outra norma instrui os procedimentos que informam o modo de ingresso do investimento de não residente aos mercados financeiro e de capitais do Brasil: trata-se da Circular Bacen nº 2.963, de 26 de Janeiro de 2000, que estabelece as condições para registro do investimento no sistema RDE do Banco Central, em seu Módulo RDE-*Portfolio*¹¹⁵, indispensável para registro dos investimentos de não residentes nos mercados descritos.

No que se refere às nuances da tributação que atinge o regime convencional, por serem as mesmas aplicáveis aos residentes no país, não são propriamente objeto de estudo do presente trabalho, haja vista que não há qualquer incentivo ou prejuízo que delas possa decorrer ao investidor não residente.

Chama-se a atenção, contudo, para o fato de que independentemente do regime a que o investidor não residente se submeter, necessitará infalivelmente de um representante legal no país, previamente constituído dentre as instituições administrativas competentes, a quem incumbirá o cumprimento de todos os encargos administrativos, bem como eventuais obrigações tributárias, decorrentes das operações realizadas por ordem do investidor outorgante¹¹⁶.

¹¹⁴ Art. 1º da Lei nº 7.766, de 11 de Maio de 1989: O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

¹¹⁵ BRASIL. **Circular Bacen nº 2.963 de 26 de Janeiro de 2000**. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2000/pdf/circ_2963_v1_O.pdf. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

¹¹⁶ Veja-se o Art. 79 da Lei 8.981 de Janeiro de 1995: O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a

No que se refere às especificidades do regime a que investidores residentes, e não residentes sob o regime convencional, se submetem, o presente trabalho limitar-se-á a apresentar, ao final deste capítulo, quadro sinótico pormenorizado com as alíquotas aplicáveis a cada uma dessas espécies de investimento, fornecendo o subsídio necessário para comparação gráfica entre as vantagens que o regime especial possui face ao regime convencional.

Dito isto, quando o investidor não residente opta por realizar suas operações nos mercados financeiro e de capitais atendendo às exigências emanadas pelo Conselho Monetário Nacional para controle de ingresso e saída de capitais do país, ele passa a usufruir de um regime mais benéfico de tributação, estipulado na Resolução CMN 2.689, e que passa a ser examinado, em detalhe, a seguir.

2.1.2 Regime especial: investimentos amparados pela Resolução CMN nº 2.689 e o Investidor Qualificado

Paralelamente ao regime convencional, que conforme visto iguala os investidores residentes aos não residentes para fins de tributação sobre a renda, foi editada no ano 2000 a Resolução CMN 2.689, com o objetivo claro de promover o ingresso no país de capitais internacionais ao conceder uma série de isenções e reduções de alíquotas para as operações nos mercados financeiros e de capitais que forem realizadas por investidores não residentes, nos termos que exporá adiante.

O regime especial de tributação para investidor não residente, previsto na Resolução 2.689 de Janeiro de 2000, somente pode ser aplicado aos casos em que todas as exigências do referido instrumento forem observadas pelo investidor¹¹⁷. As outras regulamentações, como a Circular Bacen nº 2.963/2000; e a Instrução CVM

prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

¹¹⁷ **Art. 1º** da Resolução CMN 2.689, de 26 Janeiro de 2000. Estabelecer que a aplicação dos recursos externos ingressados no País por parte de investidor não residente, por meio do mercado de câmbio de taxas livres, nos mercados financeiro e de capitais, deve obedecer ao disposto nesta Resolução.

nº 325 de 27 de Janeiro de 2000¹¹⁸, que estabelece as regras de registro do investidor não residente perante a CVM, também são requisitos expressos para fruição dos benefícios fiscais deste regime.

Conforme expõe Ricardo Genis Mourão¹¹⁹, a resolução em estudo permite que os investimentos em *portfolio* possam ser realizados por uma ampla variedade de investidores não residentes, que incluem os investidores qualificados¹²⁰ e institucionais até pessoas físicas ou jurídicas, fundos de investimento ou outras entidades de investimento coletivo, dado que além de cumprir os requisitos a seguir, possuam, por óbvio, residência, sede ou domicílio no exterior.

Além disso, a Resolução CMN nº 2.689/2000 também foi capaz de flexibilizar a sistemática anterior de investimentos realizados por não residentes nos mercados financeiro e de capitais – adstritos até a sua edição às modalidades previstas nos Anexos da Resolução CMN nº 1.289, de 20 de Março de 1987¹²¹.

Os requisitos para que o investidor não residente possa ser amparado pela resolução em tela podem ser sintetizados nos seguintes itens:

1) As movimentações financeiras devem ser efetuadas mediante contratação de câmbio, na forma prevista na regulamentação em vigor¹²²;

¹¹⁸ BRASIL. **Instrução CVM nº 325, de 27 de Janeiro de 2000**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=%5Cinst%5Cinst325.htm>. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

¹¹⁹ MOURÃO, Ricardo Genis. Investimentos Estrangeiros no Brasil: Instrumentos Regulatórios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 332.

¹²⁰ Os investidores qualificados são todos aqueles previstos na Instrução CVM nº 408 de 18 de Agosto de 2004, dentre os quais: instituições financeiras; companhias seguradoras e sociedades de capitalização; fundos de investimento destinados exclusivamente a investidores qualificados; entidades abertas e fechadas de previdência complementar; pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e que atestem sua condição de investidores qualificados nos termos do Anexo I da Instrução; administradores de carteira e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; entre outros.

¹²¹ O salto qualitativo proporcionado pela atualização do tratamento jurídico aplicável aos investimentos feitos por não residentes foi essencial para o sensível aumento na migração de capital – proporcionada em larga medida, também, pelas reformas cambiais do fim da década de 1990 – verificado no Gráfico 1, durante a década que se seguiu. Com essa facilitação no ingresso de capitais internacionais, abriu-se a possibilidade para que esse mesmo capital pudesse migrar, dentro da economia brasileira, pelas mais variadas modalidades de aplicação, sejam de renda fixa ou de renda variável.

¹²² Veja-se: BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular 3.401, de 15 de Agosto de 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/rex/rmcci/ftp/rmcci-1-03.pdf>. Acesso em: 16 de Maio de 2013.

2) Os recursos somente podem ser investidos nos instrumentos e modalidades operacionais, em ambos os mercados (financeiro e de capitais), disponíveis e permitidos ao investidor residente;

3) Previamente ao início das operações, o investidor não residente deverá obter registro junto à CVM e constituir representante no país, cuja função será atender às exigências da Comissão, previstas na legislação ou por ela requisitadas;

4) Os valores que ingressarem no país, com a finalidade de investimento em *portfolio*, deverão ter o registro regularizado no Banco Central do Brasil na forma do sistema RDE-*Portfolio*, já mencionada.

Além dos requisitos apontados acima, existem certas restrições, estabelecidas pela resolução, que requerem observância por parte do investidor não residente, para que permaneça sob o amparo da mesma. As restrições se referem, em sua maioria, a questões derivadas da transparência que o mercado brasileiro espera daqueles que dele querem participar.

As restrições foram bem sintetizadas por João Francisco Bianco¹²³, consistindo (i) na vedação para realizar operações fora de sistemas organizados (fora de pregão das bolsas de valores ou fora de mercados de balcão organizado), e (ii) na vedação para transferir, no exterior, ativos adquiridos no Brasil.

Na primeira restrição, o capital de investidor não residente que ingressar no país sob a tutela da Resolução nº 2.689/2000, com a finalidade de negociar títulos, valores mobiliários e derivativos, só poderá fazê-lo em praças organizadas para tal finalidade, como é o caso da BM&FBOVESPA – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros; e da CETIP – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos –, principais administradoras de mercados de balcão organizado atualmente em operação no Brasil.

Levanta-se, por oportuno, ressalva à análise acima. Algumas operações, em função de sua natureza, são excepcionadas à vedação estabelecida pela Resolução *in comento*, em virtude de não ocorrerem em bolsas ou mercados de balcão organizado¹²⁴ – a subscrição; a bonificação; a conversão de debêntures em ações; a aquisição e alienação de fundos de investimento abertos; operações relacionadas

¹²³ BIANCO, 2005, p.200.

¹²⁴ MOURÃO, 2011, p. 333.

com o fechamento de capital, cancelamento ou suspensão de negociação; a transação judicial; e os índices referenciados em valores mobiliários¹²⁵.

No que toca a segunda vedação, resta claro que foi estatuída para que a primeira vedação não ficasse sem efeito, uma vez que ao proibir negociações fora de bolsa ou mercado de balcão organizado de ativos registrados, ao regulador pareceu adequado, também, proibir a negociação desses ativos no exterior.

Assim como no primeiro caso, contudo, há exceções expressas à segunda vedação, que consistem em situações onde não há negociação (ao menos direta) dos ativos sujeitos à restrição, sendo elas: a hipótese em que o investidor não residente é pessoa jurídica que sofreu alterações societárias no exterior, como fusão, cisão ou incorporação; e hipótese em que os investidores são pessoas físicas e há sucessão hereditária dos ativos¹²⁶.

Ambas as vedações, conforme se extrai do exposto, buscam oferecer solidez e segurança ao sistema de negociação brasileiro, uma vez que as autoridades responsáveis pela regulação dos mercados financeiro e de capitais procuram manter registro acurado de todas as operações realizadas, criando ressalvas a algumas das condições da Resolução apenas para casos excepcionais, i.e. casos de sucessão patrimonial no exterior, seja nos casos de reorganização societária, ou *causa mortis*, que envolvam ativos negociados nos referidos mercados.

Pressupondo-se cumpridos os requerimentos expostos, segue-se à análise do tratamento tributário incidente sobre os investimentos de não residentes nos mercados financeiro e de capitais do Brasil. Para tanto, separa-se o tratamento tributário atinente às jurisdições entre aquelas não consideradas países com tributação favorecida, e, por consequência, as que são consideradas países com tributação favorecida.

2.1.2.1 Investidor residente, ou não, em países considerados paraísos fiscais

¹²⁵ Art. 8º, parágrafo único, da Resolução 2.689/2000.

¹²⁶ Art. 9º, parágrafo único, da Resolução CMN 2.689/2000.

Utilizando-se o conceito de países com tributação favorecida, já delineado neste trabalho – sendo estes os países que não tributem a renda ou que a tributem com alíquota máxima inferior a 20% –, conforme estabelecido pela Lei 9.959/2000 para investimentos nos mercados financeiro e de capitais, passa-se a expor as vantagens proporcionadas pela legislação pátria a determinadas modalidades de investimento em *portfolio*, quando o investidor encontra-se, ou não, amparado pela Resolução 2.689/2000.

Da extensa legislação que baliza a tributação dos rendimentos auferidos das modalidades de investimento nos mercados financeiro e de capitais¹²⁷, extrai-se e repisa-se o apontamento de operações permitidas a investidores não residentes, realizada *retro*, discriminando as alíquotas de imposto de renda aplicáveis a tais

¹²⁷ Art. 16 da Lei nº 7.713, de 22 de Dezembro de 1988 (define o conceito de custo de aquisição para títulos e valores mobiliários, e quotas de capital); Art. 13 da Lei nº 7.766, de 11 de Maio de 1989 (equipara os rendimentos e ganhos de capital obtidos com ouro, ativo financeiro, aos demais rendimentos e ganhos de capital resultantes de operações no mercado financeiro); Art. 20, § 14, da Lei nº 8.036, de 11 de Maio de 1990 (institui isenção de IR aos rendimentos obtidos em Fundos de Mútuos de Privatização, FI-FGTS e Fundo de Investimento em Cotas); Art. 29 da Lei nº 8.541, de 23 de Dezembro de 1992 (institui a cobrança de IR sobre pessoas jurídicas, inclusive isentas, no mercado de rendas variáveis, como bolsas de valores, mercadorias, futuros e assemelhadas); Arts. 10 e 16 a 19 da Lei nº 8.668, de 25 de Junho de 1993 (estabelece o regime tributário aplicável aos Fundos de Investimento Imobiliário, bem como sua isenção a IR e Imposto sobre Operações Financeiras); Arts. 65 a 82 da Lei nº 8.981, de 20 de Janeiro de 1995 (institui o tratamento tributário aplicável às operações de renda fixa, renda variável e às operações realizadas por investidores não residentes); Arts. 28 a 36 da Lei nº 9.532, de 10 de Dezembro de 1997 (define quando ocorre a incidência do imposto de renda sobre as aplicações em renda fixa e variável dos fundos de investimento); Arts. 6º a 9º da Lei nº 9.959, de 27 de Janeiro de 2000 (define que o tratamento benéfico previsto na Lei 8981/1995 não se aplica a investimento oriundo de país que não tribute a renda ou a tribute em alíquota inferior a 20%); Arts. 1º, 2º, 6º e 16 da Medida Provisória nº 2.189, de 23 de Agosto de 2001 (reduz e estende a alíquota de 10% aos investidores residentes em outros países, excetuando os de tributação favorecida); Arts. 28 e 29 da Medida Provisória nº 2.158, de 24 de Agosto de 2001 (estende aos investidores residentes no exterior o regime previsto no art. 81 da Lei 8981/1995, quanto a operações em mercado futuro referenciados em produtos agrícolas, excetuando os de tributação favorecida); Art. 3º da Lei nº 10.892, de 13 de Julho de 2004 (define o critério temporal da regra-matriz de IR para aplicações em fundos de investimento); Arts. 1º a 5º da Lei nº 11.033, de 21 de Dezembro de 2004 (define as alíquotas de IR aplicáveis aos rendimentos de todas as operações financeiras de renda fixa e variável para residentes); Art. 6º da Lei nº 11.053, de 29 de Dezembro de 2004 (estabelece o critério de distinção entre fundos de investimento de curto e longo prazo, atribuindo alíquotas diferentes de acordo com os prazos médios de resgate); Arts. 1º a 3º da Lei nº 11.312, de 27 de Junho de 2006 (estabelece alíquota zero o IR incidente sobre os rendimentos definidos no art. 81, da Lei 8.981/1995, para investidor não residente, excetuados os países com tributação favorecida); Arts. 1º a 4º da Lei nº 11.478, de 29 de Maio de 2007 (estabelece as alíquotas aplicáveis aos rendimentos oriundos de Fundos de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e Fundos de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I), bem como seus benefícios); Art. 15 da Lei nº 12.024, de 27 de Agosto de 2009 (atribui isenção de IR aos investimentos de fundos de investimentos imobiliários realizados nos valores mobiliários discriminados no art. 3º, incisos II e III, da Lei 11.033/2004); e Arts. 1º a 5º da Lei nº 12.431, de 24 de Junho de 2011 (instituiu, recentemente, alíquota zero ao IR incidente sobre rendimentos que se emoldurem no conceito disposto pelo art. 81, §2, alínea “a”, da Lei 8.891/1995). Veja-se, ainda, a Instrução Normativa SRF nº 1.022, de 5 de Abril de 2010.

modalidades, e antecipando, portanto, elemento do critério quantitativo da regra-matriz de incidência do mesmo. Veja-se.

a) Rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa:

Às operações de renda fixa, amparadas pelo regime especial criado pela Resolução mencionada, recai alíquota estipulada em 15% sobre o valor total dos rendimentos apurados no período. Quando o investidor é residente ou domiciliado em país com a tributação favorecida, entretanto, o regime aplicável é mais oneroso, aplicando-se uma alíquota de 25%.

b) Ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas:

No que se refere aos ganhos líquidos apurados nas operações realizadas em bolsas de valores, mercadorias e futuros, incluindo-se mercado de balcão organizado, os investidores não residentes não estão sujeitos à incidência do imposto de renda.

Quando residentes, no entanto, em países com tributação favorecida, a alíquota aplicável passa a ser de 25%, regra geral para rendimentos remetidos a beneficiário domiciliado em tais jurisdições.

c) Rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável:

Quanto aos casos em que o investidor não residente aplica seus recursos em fundo de investimento, em virtude da multiplicidade de formas que tais fundos assumem no Brasil, importa traçar, em linhas gerais, quais as alíquotas aplicáveis como regra, e qual o tratamento dado à exceção atinente a determinadas modalidades de fundos.

Sobre os fundos de investimento, como regra geral, aplica-se a alíquota de 10%, quando da incidência do imposto de renda – que ocorre apenas no momento de resgate das quotas pelo investidor para os fundos de investimento com lastro em títulos ou valores mobiliários de renda variável (i. e. ações); e no caso de fundos de investimento de renda fixa, divididos entre fundos de curto e longo prazo (a depender da composição do *portfolio* – se o prazo médio de resgate dos títulos é

inferior (curto prazo), ou superior (longo prazo), a 365 dias), aplica-se a alíquota de 15% sobre o rendimento, estando o ganho de capital decorrente de eventual alienação, resgate, cessão ou repactuação dos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários, isento de IR.

A exceção mais relevante ao tratamento exposto, cumpre destacar, é prevista para algumas modalidades de fundos de investimento: Fundos de Investimento em Participações (FIP); Fundos de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE); e Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações (FICFIP).

Para estes, o tratamento ofertado pela legislação tributária aplicável determina a incidência de IR à alíquota de 15%, quando realizado por residentes ou domiciliados no Brasil. Por seu turno, os investimentos realizados por investidor não residente, amparado pela Resolução CMN 2.689/2000, reduz a alíquota aplicável a zero.

Nesses casos restam, ainda, outras considerações a serem tecidas. Os requerimentos para concessão do benefício fiscal nas modalidades indicadas não se restringem somente ao cumprimento integral da Resolução do Conselho Monetário Nacional, mas incorporam os seguintes elementos: (i) o cotista titular de cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, não pode representar 40% (quarenta por cento) ou mais da totalidade das cotas emitidas pelos referidos fundos, e suas cotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, não lhe podem dar direito ao recebimento de rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos auferidos pelos fundos; e, (ii) as carteiras dos fundos, a qualquer tempo, devem ter títulos da dívida em percentual inferior a 5% (cinco por cento) de seu patrimônio líquido (ressalvados os títulos públicos).

O elemento mais caro a este trabalho, requisito integrante da Resolução em tela, e, por conseguinte, impreterível à concessão do benefício fiscal, é que os beneficiários dos rendimentos não podem ser residentes ou domiciliados em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento) – consubstanciando, portanto, o conceito de país com tributação favorecida que verificamos como aplicável aos investimentos em *portfolio*.

No caso específico dos FIEE e FIP, existe, ainda, requisito adicional, de que os mesmos deverão ter a carteiras composta de, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição¹²⁸.

d) Ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa:

Quanto ao investidor não residente que aufera ganhos em operações que envolvam ouro, ativo financeiro, realizadas em bolsa, a legislação aplicável equipara-o a um rendimento de renda fixa regular, incidindo a alíquota de IR a 15 % (quinze por cento). Quando a operação é realizada fora de bolsa de valores, a alíquota incidente passa a ser zero.

Para o investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, por outro turno, a alíquota aplicável é de 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro cenário (em bolsa), e também de 25% no segundo cenário (fora de bolsa, em mercado de liquidação futura).

e) Ganhos líquidos auferidos em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo:

Para os casos em que o investidor não residente auferir ganhos em operações de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo, incide alíquota de 10% (dez por cento). Quando residente em país com tributação favorecida, a alíquota é majorada para 25% (vinte e cinco por cento).

f) Rendimentos auferidos em operações de swap:

No que se refere às operações de swap¹²⁹, a alíquota aplicável, sendo ela registrada ou não em bolsa, é de 10% sobre o valor do rendimento, ao passo que ao investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida a alíquota

¹²⁸ HADDAD, Gustavo Lian; VIDIGAL, Carolina Santos. **Questões relacionadas ao regime tributário dos Fundos de Investimentos em Participações ("FIP") aplicável a investidores não residentes.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga. **O Direto Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais.** São Paulo: Dialética, 2009.

¹²⁹ As operações de *swap* consistem na negociação de determinados ativos financeiros – como de taxas de juros, de câmbio, entre outras – com a finalidade de proteger o investidor de riscos de mercado por meio da reestruturação de seus custos e pagamentos futuros. HULL, John C. **Mercados Futuros e de Opções.** São Paulo: BM&FBovespa, 2009, p. 167.

aplicável é de 25%, independentemente do prazo de liquidação previsto no contrato objeto do *swap*.

Aquilo que tange as implicações dos acordos para evitar bitributação, afetos às modalidades expostas, conforme demonstrado no primeiro capítulo varia de acordo com as especificidades de cada instrumento, visto que o Brasil não é signatário de instrumentos multilaterais para evitar a dupla imposição fiscal.

Como se pode perceber, portanto, são ricas as nuances de incidência do imposto sobre a renda nas operações realizadas no mercado de capitais brasileiros sob a perspectiva de amparo, ou não, do investidor não residente pela Resolução 2.689/2000. Contudo, face ao grande número de normas que fluem pelo tema, atenção especial deve ser oferecida à teoria do direito tributário que fundamenta a aplicação apropriada das normas expostas até o presente momento.

É com força nesta convicção que se passa ao estudo detalhado da regra-matriz de incidência tributária do imposto de renda aplicável a esse cenário de complexas relações jurídicas.

2.2 A regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre a renda ou proventos de qualquer natureza e o regime de substituição tributária nos mercados financeiro e de capitais

Ao adentrarmos o campo de estudo da regra-matriz de incidência tributária, interessa-nos estabelecer certos fundamentos, que conjugados ao esforço de trazer os elementos necessários ao seu desenho, implicarão um melhor entendimento a respeito da consistência teórica da doutrina que se quer aqui, em seu mais justo sentido, aplicar.

Nas palavras do professor Lourival Vilanova, a proposição que dá forma à norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação¹³⁰. O conteúdo dessa afirmativa, segundo o professor Paulo de Barros Carvalho, denota um fato inescapável ao jurista que se proponha a desenhar a regra-matriz de incidência: as

¹³⁰ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. II. São Paulo: Alexis Mundi/IBET, 2003, p. 208.

leis não trazem normas jurídicas organicamente agregadas, organizadas, o que torna a tarefa de traçá-la (a norma-padrão) um “penoso trabalho de pesquisa e composição”¹³¹.

Nessa toada, a regra-matriz de incidência, ou norma-padrão de incidência, nada mais é do que uma locução dotada do mesmo alcance, e com a mesma força semântica, de norma tributária em sentido estrito.

O que importa, ao presente trabalho, é assentar que a regra-matriz de incidência deve ser entendida como representação da estrutura mínima que a norma tributária em sentido estrito assinala, ou seja, um núcleo mínimo que exprima o impacto jurídico da exação.

Utilizar-nos-emos, ainda, do modelo de estrutura lógica da norma proposto pelo professor Paulo de Barros Carvalho, aplicando-a ao imposto de renda das operações descritas no trabalho, inclusive no que se refere à substituição tributária na modalidade de recolhimento na fonte, para clarificar a real extensão dos critérios que compõe as relações jurídicas estudadas. O modelo é o que segue:

$$D \{[Cm(v.c).Ce.Ct] \rightarrow [Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]\}$$

Explicando o que cada símbolo da linguagem busca representar, assevera o tributarista paulistano¹³²: “D” é o dever-ser neutro, interpreposicional, que outorga validade à norma jurídica, incidindo sobre o conectivo implicacional para juridicizar o vínculo entre a hipótese e a consequência. “[Cm(v.c).Ce.Ct]” é a hipótese normativa, ou hipótese de incidência¹³³, em que “Cm” é o critério material da hipótese, núcleo da descrição fática; “v” é o verbo, sempre pessoal e de predicação incompleta; “c” é o complemento do verbo; “Ce” é o critério espacial; “Ct” o critério temporal; “.” É o conectivo conjuntor; “→” é o símbolo do conectivo condicional interproposicional; e “[Cp(Sa.Sp).Cq.(bc.al)]” é o consequente normativo, em que “Cp” é o critério pessoal; “Sa” é o sujeito ativo da obrigação; “Sp” é o sujeito passivo; “bc” é a base de cálculo; e “al” é a alíquota.

¹³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

¹³² CARVALHO, 2009, p. 605.

¹³³ Nomenclatura desenvolvida com maior vigor pela repercussão da obra de Geraldo Ataliba, “Hipótese de Incidência Tributária”.

Em forma simplificada, a proposição mínima pode ser também representada utilizando-se o seguinte simbolismo:

$$D [F \rightarrow (S'RS'')]$$

Neste caso, tem-se uma unidade de sentido em que a prescrição jurídica quer significar: “*deve ser que, dado o fato F, então se instale a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S*”¹³⁴.

Isso posto, insta expor brevemente as funções do descritor, ou antecedente normativo, e do prescritor, ou consequente normativo. Ambos formam o juízo hipotético condicional que garante à norma jurídica (tributária, em nosso caso) sua integridade constitutiva.

Suscintamente, o descritor, ou antecedente, é responsável por conter uma proposição descritiva de uma situação objetiva real¹³⁵, uma *hipótese tributária*¹³⁶, que como tal, deve descrever propriedades aptas a caracterizá-la. De tais propriedades, extraem-se três critérios que identificam os eventos no mundo pré-jurídico: o critério material (conduta humana descrita por um verbo e seu respectivo complemento); o critério espacial (responsável por prever, de forma explícita ou implícita, o lugar preciso em que ocorre a ação núcleo do antecedente); e o critério temporal (contem o marco temporal que assinala o surgimento de um direito subjetivo para o Estado, e de um dever jurídico para o sujeito passivo)¹³⁷.

Por seu turno, o prescritor, ou consequente, é responsável por atribuir uma implicação jurídica ao fato descrito no antecedente, deflagrando um enlace obrigacional que une os sujeitos de direito envolvidos com o fato jurídico. Seus critérios identificadores são o critério pessoal (que indica os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária); e o critério quantitativo (composto pela base de cálculo e alíquota aplicáveis).

¹³⁴ CARVALHO, 2009, p.603.

¹³⁵ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 47.

¹³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243

¹³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

Feitas estas anotações preliminares, passa-se ao exame dos critérios identificadores do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza aplicável aos investimentos realizados por não residentes, oriundos de países com tributação favorecida, nos mercados financeiro e de capitais.

As balizas legais, de que extrairemos os critérios das regras-matrizes para as modalidades de investimento já abordadas, encontram-se insculpidas no art. 153, inciso III, da Constituição Federal, arts. 43 a 45, do Código Tributário Nacional, art. 81, da Lei 8.981/1995, art. 7º, da Lei 9.959, e Instrução Normativa SRF 1.022/2010.

Inicialmente, o art. 153, inciso III, da Constituição Federal estatui: “Compete à União instituir impostos sobre: III - renda e proventos de qualquer natureza”. Do conteúdo significativo dessa locução se pode extrair tanto a extensão de competência do ente federativo para exercitar sua capacidade de instituir o referido tributo, quanto o núcleo de sua regra-matriz de incidência tributária – “auferir renda e proventos de qualquer natureza”¹³⁸.

A partir daí, deve-se buscar compreender tanto a ação indicada pelo verbo empregado – auferir –, quanto de seus complementos, os conceitos constitucionais de “renda” e da expressão “proventos de qualquer natureza”.

Novamente, o professor Paulo de Barros Carvalho¹³⁹ esclarece que o verbo a ser identificado pode exprimir tanto uma ação (entendida como um reflexo, uma atividade refletida), como uma “atividade espontânea”, comum em verbos de estado (“ser”, “estar”, “permanecer”).

Observando essa definição, Paulo Ayres Barreto¹⁴⁰ afirma que ao outorgar a competência tributária, o legislador constituinte poderia alcançar o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas sob duas perspectivas distintas: uma estática, de manutenção do patrimônio como índice de capacidade econômica; e outra dinâmica, levando em consideração os acréscimos patrimoniais percebidos.

¹³⁸ MOSQUERA, 1999, p. 168.

¹³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 114.

¹⁴⁰ BARRETO, 2001, p. 66.

Atento à tal distinção, Roberto Quiroga Mosquera, em estudo que retomou com vigor as reflexões de Rubens Gomes de Sousa¹⁴¹, propõe que os tributos que oneram o patrimônio sejam classificados sob a perspectiva dinâmica, em virtude desta melhor se adequar às mutações a eles inerentes, em duas subespécies. A primeira subespécie se refere àqueles que incidem sobre o valor da mutação de elementos patrimoniais em si mesma, independentemente de haver acréscimo ou não destes. A segunda subespécie seria relacionada àqueles que incidem sobre o valor a mutação patrimonial, que se constitui num acréscimo de elementos patrimoniais, ou seja, sobre o acréscimo de patrimônio em si¹⁴².

Quanto ao conteúdo de significação das expressões “renda” e “proventos de qualquer natureza”, o mestre paulista anota que na Constituição ambos são termos utilizados com enorme vagueza, sendo “renda” utilizada com pelo menos 5 (cinco) acepções distintas, e “proventos de qualquer natureza” com 2 (dois) significados dessemelhantes. O alcance comum de ambas, e que será utilizado no presente trabalho, é o de acréscimos patrimoniais.

Destaca-se ainda a baliza que os princípios constitucionais tributários – capacidade contributiva, irretroatividade, universalidade, progressividade, etc. – ofertam à matéria, garantindo, entre outros efeitos, que o IR deverá incidir sobre todas as espécies de rendas e proventos (generalidade), auferidas por qualquer espécie de pessoas (universalidade) e que, quanto maior o acréscimo patrimonial, maior deverá ser a alíquota aplicável (progressividade).

Como a regra de incidência do IR nos mercados financeiro e de capitais para investidores não residentes é, em regra, o regime de fonte (IRRF), o posicionamento do trabalho concorda, por motivos expostos mais adiante, com o entendimento de que o IRRF não é mera modalidade ou método de arrecadação, espécie derivada de gênero superior, do IR, mas trata-se de imposto autônomo¹⁴³, com hipótese de incidência particular, distinta das regras-matrizes de incidência tributária do IR das

¹⁴¹ SOUSA, Rubens Gomes de. **A Evolução do Conceito de Rendimento Tributável**. In: **Revista de Direito Público nº14**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 339-340.

¹⁴² MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996, p. 99.

¹⁴³ QUIROGA, 1999, p. 170.

peessoas físicas e jurídicas. Para tanto, a regra-matriz do IRRF, quando decomposta em seus critérios, deflagra tal realidade.

Assevera Rubens Gomes de Sousa¹⁴⁴, reforçando tal entendimento, que:

A metodologia do sistema de arrecadação na fonte consiste em atribuir à própria fonte pagadora do rendimento o encargo de determinar a incidência, calcular o imposto devido pelo beneficiário do rendimento, deduzi-lo (retê-lo) do pagamento efetuado a este e, finalmente, recolhê-lo à repartição arrecadadora (...) o que identifica o sistema de arrecadação na fonte são os encargos de reter e recolher o imposto devido, que por sua vez identificam a arrecadação na fonte, na sistemática do lançamento, como um tipo de “lançamento por homologação”, ou seja, lançamento em que a liquidação do débito fiscal é antecipada pelo contribuinte, com efeito liberatório subordinado à condição resolutiva de seu controle *a posteriori* pela autoridade fiscal.

Em virtude disso, veja-se a estrutura lógico-formal do imposto sobre a renda em sua configuração regular, segundo o modelo apontado ao início do capítulo:

$$D \{[Cm(v.c).Ce.Ct] \rightarrow [Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]\}$$

Neste caso, o conteúdo significativo dos símbolos seria o seguinte: “[Cm(v.c).Ce.Ct]” é o antecedente normativo, cujo critério material “Cm” é “auferir renda ou proventos de qualquer natureza”; o critério espacial “Ce”, em virtude do silêncio da Constituição, equivale a todo o território nacional¹⁴⁵; o critério temporal “Ct”, devidamente desenvolvido pelo professor Paulo de Barros Carvalho, é o “átimo final do exercício financeiro”¹⁴⁶; “.” É o conectivo conjuntor; “→” é o símbolo do conectivo condicional interproposicional; e “[Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]” é o consequente normativo, em que o critério pessoal “Cp” é formado pelo sujeito ativo da obrigação, “Sa”, a União; “Sp” é o contribuinte que auferiu renda ou proventos; “bc” é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou proventos, percebidos pelo

¹⁴⁴ SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres-3 Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 274.

¹⁴⁵ Repise-se que o alcance territorial da lei tributária, no presente caso, não suscita maiores dúvidas, uma vez que o rendimento é auferido no Brasil, sob a jurisdição das leis brasileiras; inversamente, conforme destacado em momento anterior, caso o investimento fosse realizado a partir do Brasil, vertendo o capital do investimento em jurisdição estrangeira com a qual o Brasil não mantenha qualquer tipo de acordo para evitar a bitributação, o critério de conexão empregado é o princípio da pessoalidade, olvidando-se o de fonte, para tributar os rendimentos no caso de serem repatriados no Brasil posteriormente.

¹⁴⁶ CARVALHO, 2009, p. 673.

contribuinte, conforme se pode extrair do art. 44 do Código Tributário Nacional; e “al” é a alíquota, cujo valor se depreende das leis específicas aplicáveis.

No entanto, é necessário atentar para o comando do art. 45, parágrafo único, do CTN, que estabelece: “A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam”.

O dispositivo estabelece a possibilidade de substituição tributária, na modalidade de retenção na fonte de pagamento da renda ou proventos, se assim a lei aplicável dispuser. Como é o caso dos investimentos ora estudados, a que a lei atribui a responsabilidade de recolhimento na fonte a terceiro, na maioria das operações pela instituição que serve de praça para recepção dos investimentos (como a BM&FBovespa), e em outras ocasiões, o representante legal do investidor não residente no Brasil¹⁴⁷.

Em virtude disso, traz-se as lições de Maria Rita Ferragut¹⁴⁸ a respeito da estrutura lógica da norma que excepciona o pagamento que seria devido pelo contribuinte, atribuindo tal responsabilidade a terceiro (responsável tributário, nos termos do art. 128 do CTN).

De acordo com a proposta da doutrinadora paulista, a estrutura de substituição tributária formalizada às hipóteses de IRRF que incidirão sobre as modalidades de investimento exploradas adiante será a seguinte:

D {(S'R'S'')} → [(SRS'').-(SRS')]], em que:

- D = functor deôntico não modalizado (dever-ser);
- (S'R'S'') = antecedente da norma de substituição tributária e relação existente entre o substituto e o substituído, que permite a inclusão do substituto no polo passivo da relação jurídica tributária;
- S' = sujeito substituído (realizador do evento descrito no fato jurídico, o investidor não residente que verte recursos nos mercados financeiro ou de capitais);

¹⁴⁷ Art. 79, § 1º, da Lei 8.981/1995.

¹⁴⁸ FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 63.

- S" = substituto tributário (devedor; em geral Bolsa de Valores ou mercado de balcão organizado, podendo ser, contudo, o procurador habilitado – de acordo com o requisito legal para investidor não residente);
- R¹ = objeto da relação não-tributária que une o substituto ao substituído ou ao fato jurídico (i.e. os contratos que habilitam o investidor a participar de negociação em bolsa ou em mercado de balcão organizado);
- (SRS") = relação jurídica de substituição tributária, mantida entre o Fisco e o substituto;
- S = sujeito ativo (credor; a União, no caso do IRRF);
- R = objeto da relação jurídica tributária (prestação pecuniária);
- "." = conectivo lógico aditivo;
- → = operador implicacional;
- –(SRS") = negação da relação entre o Fisco e o sujeito substituído, de forma que esta pessoa não integrará o polo passivo da relação jurídica tributária.

Nas hipóteses levadas a efeito por este trabalho, o recolhimento de IRRF é realizado, conforme o nome sugere, pela fonte pagadora dos rendimentos auferidos nos mercados financeiro ou de capitais. Nesse caso de substituição tributária convencional, diga-se, é necessário perceber que a "substituição" ocorre em momento pré-jurídico, anterior ao evento de subsunção do fato à norma, motivo que leva a doutrinadora a criticar a nomenclatura apropriada pelo código para se remeter a tais eventos, visto que o vocábulo "substituição" sugere a cessão de polo passivo de determinada obrigação em favor de terceiro, o que definitivamente não ocorre na hipótese apresentada¹⁴⁹.

Assentados tais fundamentos teóricos, sigamos a ordem de modalidades de investimento já desposada anteriormente – fazendo-se uso do modelo de estrutura lógico-formal já apresentado –, para que se possa delinear as regras-matrizes de incidência de imposto sobre a renda em tais sortes de investimento, realizado por investidor não residente, no Brasil.

¹⁴⁹ FERRAGUT, 2009, p. 60.

I. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda nas aplicações financeiras em renda fixa

Os fundamentos para o desenho desta regra-matriz de incidência são as Leis 8.383/1991, 8.541/1992, 8.981/1995, 9.249/1995, 9.532/1997, 9.779/1999 e 9.959/2000.

Segundo a lição de Roberto Quiroga Mosquera, para a definição deste critério material é necessário entender a noção conceitual de “renda” nesta modalidade de aplicação financeira, que incorpora um elemento qualificador relevante à análise: o vocábulo “fixa”. A qualificação “fixa” implica assentarmos que a operação será assim considerada quando na sua realização houver estipulação de remuneração ou juros (pré ou pós-fixados), não oferecendo margem para variações não acordadas.

Dado esse fato, o critério material nesta modalidade traduz-se em *auferir rendimentos ou ganhos de capital (rendimentos) predeterminados (renda fixa), em negócios jurídicos regidos pelo direito dos mercados financeiro e de capitais (aplicações financeiras)*¹⁵⁰.

O critério espacial coincide com o âmbito de validade das leis mencionadas, qual seja, todo o território nacional, visto que sejam leis federais.

O critério temporal, por sua vez, é estabelecido pela Lei nº 8.981/1995, que define o momento de subsunção como sendo o momento de percepção dos rendimentos, e no momento de alienação do título ou aplicação nos casos restantes.

O critério pessoal é integrado pela União Federal, como sujeito ativo da relação jurídica, ao passo que o sujeito passivo é quaisquer beneficiários dos rendimentos, em que devem ser considerados até mesmo as pessoas jurídicas isenta e imunes, por força do art. 35, da Lei 9.532/1997.

Já os responsáveis tributários, indicados pela lei, podem ser de dois tipos: a) no caso de rendimentos, as pessoas que efetuarem o respectivo pagamento, em atenção ao disposto no art, 45, § 8º, da Lei nº 8.891/1995; b) quanto aos ganhos de capital, o cedente, quando pessoa jurídica; o cessionário, pessoa jurídica quando o

¹⁵⁰ MOSQUERA, 1999, p.179-189.

cedente for pessoa física; e o cessionário, instituição financeira, quando o cedente não o for, pelo que dispõe o art. 54, incisos II, III e IV, da Lei 7.799/89.

Quanto ao critério quantitativo, sua base de cálculo é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação (liquidação, resgate ou repactuação), líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, assim como operações relativas a títulos e valores mobiliários, quando houver, e o custo de aquisição da aplicação, conforme estatui o art. 65, § 1º da Lei nº 8.981/1995.

No que se refere à alíquota, conforme já adiantado em tópico anterior, para o investidor residente ou domiciliado em país que não tribute a renda, ou que a tribute a alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), aplica-se alíquota de 25%.

II. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda em operações realizadas em bolsas de valores, mercadorias, futuros e assemelhadas

As diretrizes legais para traçarmos esta regra-matriz de incidência tributária são as Leis nº 8.541/1992, 8.981/1995, 9.430/1996 e 9.959/2000.

O critério material para essa modalidade de imposto de renda é *auferir ganhos líquidos em negócios jurídicos realizados em bolsas, ou em mercados de balcão de liquidação futura, ou em operações com participações societárias pertencentes a pessoas jurídicas, fora de bolsa, ou ainda, em operações com ouro-ativo financeiro no mercado à vista ou a prazo, fora de bolsa*¹⁵¹.

O critério espacial, por sua vez, coincide com o âmbito de validade das Leis referenciadas, a saber, todo o território nacional.

O critério temporal consubstancia-se no momento que a lei aponta como consumado o evento tributável, surgindo, então, o fato jurídico tributário. À luz do art. 29, § 1º, da Lei nº 8.541/1992, considera-se o momento de incidência todo último dia do mês, sobre a totalidade de contratos liquidados.

¹⁵¹ MOSQUERA, 1999, p.212-224.

O critério pessoal, por seu turno, é composto pela União Federal como sujeito ativo, e pelo beneficiário dos ganhos líquidos auferidos, investidor não residente na figura de seu representante, como sujeito passivo.

Há que se destacar, nesse ponto, que não há sistema de retenção na fonte nessa modalidade, sendo o beneficiário, na figura de seu representante, responsável por apurar e recolher o tributo devido nas datas estipuladas pela legislação aplicável.

No que tange o critério quantitativo, a base de cálculo do IR devido nessas operações é o “ganho líquido” auferido no período. Por “ganho líquido” deve-se entender o resultado positivo auferido nas operações realizadas em cada mês, sendo admitidas a dedução dos custos e despesas necessários à realização das operações e a compensação dos prejuízos efetivos no mesmo período, em qualquer modalidade prevista no art. 29, da Lei nº 8.541/1992, e art. 72, da Lei nº 8.981/1995 (mercados à vista, a termo, futuro, e de opções).

Apenas as operações da modalidade *day trade* poderão ter seus prejuízos compensados com ganhos auferidos nessa mesma espécie, não podendo haver compensação com outras modalidades. Também em caráter excepcional, há incidência de IRRF à alíquota de 1% sobre a totalidade dos rendimentos auferidos ao longo de um dia.

Passando-se à alíquota, enquanto para investidores residentes em países com tributação favorecida a alíquota aplicável é de 25%, os investidores residentes nos demais países, quando amparados pela Resolução CMN 2.689/2000, estão isentos de tributação nesta modalidade.

III. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda em aplicações em Fundos de Renda Fixa, Fundos de Renda Variável e Clubes de Investimento

Os parâmetros que a legislação estatui para delinearem-se as regras-matrizes que este ponto demanda estão dispostos nas Leis nº 9.532/1997 e 9.959/2000 e na Medida Provisória nº 2.189-49/2001.

Como já havia sido adiantado, a variedade de fundos atualmente existente no Brasil requereria esforço acadêmico próprio, motivo pelo qual o presente estudo limitou-se a abordar apenas as disposições gerais atinentes às modalidades de investimento coletivo organizado.

Nesse sentido, muda-se a perspectiva que o título triplo do tópico sugere, passando-se a abordar as entidades de investimento coletivo a partir de uma divisão fundamental, que consiste, por conseguinte, em apartar a regra-matriz que se refere aos rendimentos das entidades de investimento coletivo em renda fixa, para, a seguir, abordar-se a regra-matriz atinente às entidades de investimento coletivo de renda variável.

Frise-se, portanto, que entidades sujeitas a legislação especial como os Fundos de Investimento Imobiliário (FII), Fundos de Aposentadoria Programada Individual (FAPI), Fundos de Investimento Cultural e Artístico (FICART), Fundos de Investimento em Participações (FIP), entre outros, não terão suas regras-matrizes desenhadas no presente trabalho – ao menos não em sua integralidade, porquanto possuem características muito particulares.

O critério material no primeiro caso é *auferir rendimentos ou ganhos em aplicações realizadas em entidades de investimento coletivo de renda-fixa, assim consideradas aquelas cujas carteiras tenham menos de sessenta e sete por cento de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada*¹⁵².

O critério espacial, em virtude do âmbito de validade da norma jurídica tributária, abrange todo o território nacional.

O critério temporal se consubstancia ao coadunar-se com três preceitos dispostos no art. 6º da Medida Provisória nº 2.189-49/2001: *a) na data em que se completar cada período de carência para resgate de quotas com rendimento, no caso de entidades sujeitas a essa condição; b) no último dia útil de cada trimestre-calendário, ou no resgate, se ocorrido em outra data, no caso de entidades com períodos de carência superior a noventa dias; c) no último dia útil de cada mês, ou no resgate, se ocorrido em outra data, no caso de entidades sem prazo de carência.*

¹⁵² MOSQUERA, 1999, p. 262-270 e 289.

O critério pessoal é composto pela União Federal como sujeito ativo, e o beneficiário do rendimento, investidor não residente (domiciliado em país com tributação favorecida), como sujeito passivo. O responsável tributário, nesta modalidade, não é o representante do investidor no Brasil, mas sim o administrador da entidade de investimento coletivo, conforme disposto no art. 32 da Lei nº 9.532/1997.

Em sede do critério quantitativo, tem-se como base de cálculo a diferença positiva entre o valor patrimonial da quota entre (i) o vencimento de cada período de carência e o apurado na data de aplicação, (ii) o último dia útil de cada trimestre-calendário ou no último vencimento do período de carência e o apurado na data da aplicação ou na data anterior em que tenha ocorrido a incidência do imposto, no caso das entidades com período de carência superior a noventa dias, e (iii) o último dia útil de cada mês ou na data do resgate e o apurado na data da aplicação ou na data anterior em que tenha ocorrido a incidência do imposto, no caso das entidades sem prazo de carência.

A alíquota aplicável a investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida é de 25%, sendo a alíquota aplicável a investidores residentes em países com regime de tributação diverso dos destes a de 15%.

Passa-se, agora, à regra-matriz de incidência do IR sobre os rendimentos dos Fundos de Investimento em renda variável.

O critério material desta regra-matriz é *auferir rendimentos ou ganhos em aplicações realizadas em entidades de investimento coletivo de renda variável, assim consideradas as entidades a) cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por sessenta e sete por cento de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada; b) cujas carteiras mantenham, no mínimo, noventa e cinco por cento de seu recursos em quotas de entidades de investimento cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por sessenta e sete por cento de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada.*

O critério espacial, assim como os anteriores, coincide com o território de validade das normas que instruem a regra-matriz, ou seja, todo o território nacional.

O critério temporal desta modalidade, conforme já exposto brevemente em passagem *retro*, dá-se por consumado apenas quando do resgate das quotas pelos investidores, residentes ou não.

No que toca o critério pessoal, o sujeito ativo é a União Federal. Já o sujeito passivo é qualquer beneficiário do rendimento ou ganho, neste caso o investidor não residente, domiciliado em país com tributação favorecida. O responsável tributário pelo recolhimento do tributo é o administrador da entidade de investimento coletivo, novamente, conforme estatui o art 32, da Lei nº 9.532/1997.

O critério quantitativo é composto pela base cálculo, formada pela diferença positiva entre o valor de resgate das quotas e o custo de aquisição das mesmas. A alíquota aplicável é de 15% para residentes em países com tributação favorecida, e de 10% para os residentes nas demais jurisdições.

IV. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda em operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa

A baliza legal para traçarmos os contornos da regra-matriz de incidência são as Leis nº 8.541/1992, 8.981/1995, 9.249/1995, 9.779/1999 e 9.959/2000.

O critério material é *auferir ganho de líquido (de capital) em operação com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa*. Em geral, tais operações estão relacionadas a contratos futuros, negociados em mercado de balcão organizado¹⁵³.

O critério espacial equivale ao, também neste caso, ao âmbito de validade das normas que balizam a tributação desta operação, qual seja, todo o território nacional.

O critério temporal é o mesmo que instrui as operações de renda variável que, como já indicado, é todo último dia do mês, tornando a apuração mensal, nos termos do art. 1º, da Lei nº 8.541/1992.

¹⁵³ MOSQUERA, 1999, p.335-336.

O critério pessoal é formado pela União Federal como sujeito ativo, e pelo beneficiário do ganho de capital, investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, como sujeito passivo. O responsável tributário, também neste caso, é o representante legal do investidor no Brasil, uma vez que os ganhos líquidos percebidos não estão sujeitos ao regime de fonte.

O critério quantitativo é informado pela base de cálculo, que assim como dispõe o art. 29, § 3º, da Lei nº 8.541/1992, é *o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.*

Já a alíquota aplicável para esta modalidade é de 25% para investidor residente ou domiciliado em países com tributação favorecida, e alíquota zero para investidor residente ou domiciliado em país diverso destes, conforme demonstrado em item *retro*.

V. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda em operações de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo

Para traçarmos esta regra-matriz de incidência, recorre-se ao que estabelecem as Leis nº 8.981/1995, 9.249/1995, 9.430/1996, 9.959/2000 e ao Decreto 3.000/1999 (RIR).

O critério material pode ser traduzido como *auferir ganhos líquidos em operações realizadas em mercados de liquidação futura, com qualquer ativo, fora de bolsa de valores.*

O critério espacial é equivalente ao âmbito de validade das leis que instruem a regra-matriz, por conseguinte, todo o território nacional.

O critério temporal é instruído pelo que dispõem os arts. 852, 853 e 865 do RIR, que define como verificado o fato jurídico tributário na data da remessa dos rendimentos ao investidor não residente, devendo a apuração ser realizada mensalmente.

Quanto ao critério pessoal, no polo ativo da relação jurídica figura a União Federal, e no polo passivo, o beneficiário, residente ou domiciliado em país com tributação favorecida. Por equiparação à responsabilidade atribuída pelo art. 72, da Lei 8.981/1995, e art. 71, da Lei 9.430/1996 ao representante legal do investidor não residente, no Brasil, para operações bursáteis, também aqui é o responsável legal quem deve apurar e recolher o tributo devido dentro dos prazos estabelecidos para tanto.

Passando-se ao critério quantitativo, a base de cálculo da presente modalidade é definida, assim como as operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa, a partir do resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.

Quanto à alíquota aplicável ao investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, a mesma incide à monta de 25%, ao passo que para investidores residentes ou domiciliados nos demais países, ela incide ao *quantum* de 10%.

VI. Regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a Renda em operações de *Swap*

O fundamento legal para o desenho da regra-matriz de incidência das operações de “Swap” são o art. 74, da Lei nº 8.981/1995 e o art. 36, da Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 9.959/2000.

O critério material da regra-matriz destas operações, conforme se depreende das leis referidas, é *auferir rendimentos em operações de swap*. Para compreendermos precisamente a extensão dessa proposição, insta relembrar qual o objeto das operações de *swap*.

As operações de *swap* têm por finalidade permitir aos negociantes trocarem entre si ativos financeiros (de moedas, taxas de juros, entre outros) que os protejam de riscos do mercado, oferecendo a oportunidade para reestruturação de seus

custos e pagamentos. Em sua modalidade mais comum, pactua-se essa troca por meio de um contrato a termo¹⁵⁴.

O critério espacial é, novamente, todo o território nacional, porquanto coincida com o âmbito de validade das Leis mencionadas.

O critério temporal é estabelecido pelo art. 74, da Lei nº 8.981/1995, § 2º, que considera o evento tributável consumado quando o contrato que estabelece o *swap* é liquidado.

O critério pessoal é preenchido pela União Federal no polo ativo, e pelo beneficiário, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, nos termos do já mencionado art. 74 da Lei nº 8.981/1995, enquanto substituta do investidor não residente, substituído.

No critério quantitativo, a base de cálculo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de *swap*, nos termos dispostos no art. 74, § 1º, da mesma Lei. A alíquota aplicável ao investidor residente em país com tributação favorecida é de 25%, e ao residente em país diverso destes, a alíquota aplicável é de 10%.

Após expostas, em sua integralidade, as regras-matrizes de incidência tributária aplicáveis aos investimentos nos mercados financeiro e de capitais, por investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, passa-se a ter consciência a respeito do alcance preciso das referidas normas tributárias, e fôlego para empreender algumas considerações sobre os efeitos que podem emanar como consequência das mesmas.

2.3 A desarticulação normativa em âmbito interno sob o prisma tributário: “paraíso fiscal” e a ausência de unicidade conceitual

Existe, conforme deflagrado ao final do primeiro capítulo, uma multiplicidade patente de conceitos para país com tributação favorecida, os “paraísos fiscais”, existentes na legislação brasileira atual. Ao passo que a legislação atinente a cada subsistema no ordenamento jurídico pátrio procura especializar e relacionar seus

¹⁵⁴ HULL, 2009, p. 167.

conceitos – descritos no corpo da norma – com a realidade fática, o claro objetivo de melhor regulamentar as relações humanas no mercado – tanto em termos de clareza para o investidor, quanto no que se refere ao atendimento das demandas orçamentárias da Administração – encontra-se por vezes comprometido.

Isso porque, embora uno o Direito¹⁵⁵, a fragmentação decorrente da aproximação legislativa a realidades particulares, sobretudo quanto ao exercício do poder de tributar, torna inafastável o fato de que quanto mais complexo o ordenamento jurídico vigente, maior será o esforço empreendido pelos juristas para clarificar relações que encontram-se, por vezes, obscuras na letra da lei.

Em virtude disto, problema perene no desenvolvimento do corpo normativo dos Estados, muitos juristas se propuseram a buscar soluções de sistematização, ou ao menos denunciar certas inconsistências por demasia flagrantes. Na seara tributária, talvez o mais eloquente jurista a fazê-lo foi Alfredo Augusto Becker¹⁵⁶, que apesar do tom autobiográfico e satírico da obra em que o fez, foi por certo um dos mais sólidos teóricos do direito tributário de nossa tradição nacional.

No presente trabalho, após delimitar-se a influência entre os âmbitos de validade das normas estudadas, pretendeu-se formular uma distinção clara entre as normas que surgiram como incorporadoras de novos elementos a tratamento jurídico já previsto para preços de transferência (uma ampliação nos qualificadores das jurisdições denominadas “países com tributação favorecida”, adicionando regimes societários, acesso a informações sobre titularidade de bens e direitos, entre outros); e norma particular aos mercados financeiro e de capitais, que carrega em seu bojo elementos conceituais análogos ao originalmente previsto para os preços de transferência, sem, contudo, ter sofrido as mutações verificadas na legislação que destes se ocupa.

Não obstante, ao admitir-se a referida distinção, que nada faz além de observar disposição expressa da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁵⁷, admite-se também que certas relações jurídicas acabam por tornarem-

¹⁵⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 364-365.

¹⁵⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Lejus, 2004.

¹⁵⁷ **Art. 2º** Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

se mais complexas. No presente estudo, isso se traduz na percepção de que a totalidade das regras-matrizes traçadas no capítulo anterior fazem uso do conceito de país com tributação favorecida estatuído pela Lei 9.959/2000, ao passo que aplicam, na ausência de alíquotas específicas para investidor não residente na mesma lei, a regra geral de tributação à alíquota de 25% da Lei 9.779/1999 para quaisquer rendimentos percebidos por investidor residente ou domiciliado em país com tributação favorecida.

Ainda nesse sentido, em virtude da imbricada relação entre normas que foi abordada, parte da doutrina especializada comete, por vezes, alguns equívocos ao interpretar certas relações entre as mesmas; equívocos estes que se procurou afastar ao longo do desenvolvimento da argumentação jurídica do estudo.

Um deles se refere à interpretação dada ao art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49/2001, que estende a aplicação de um regime mais benéfico ao investidor não residente, amparado pela Resolução CMN nº 2.689, que realizar investimentos nos mercados financeiro e de capitais por meios das entidades previstas no art. 81, da Lei nº 8.981/1995¹⁵⁸.

A referida medida provisória foi editada com o fito de regulamentar a concessão do benefício de incidência de IRRF a uma alíquota minorada (de 10%) sobre os rendimentos auferidos pelo investidor não residente que cumprisse as determinações do Conselho Monetário Nacional, dispostas na Resolução CMN nº 2.689; contudo, em seu § 2º¹⁵⁹, disciplina uma “equiparação” do investidor residente ou domiciliado em país com a tributação favorecida ao investidor brasileiro, apenas, por óbvio, para as modalidades indicadas pela Lei nº 8.891/1995, concedendo, portanto, um tratamento fiscal menos benéfico que o ofertado ao investidor amparado pela referida Resolução.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

¹⁵⁸ As referidas entidades são: (i) fundos em condomínio de títulos e valores mobiliários de que participem pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior; (ii) sociedades de investimento na forma do art. 49, da Lei nº 4.728/1965; e, (iii) pelas carteiras de valores mobiliários inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.

¹⁵⁹ § 2º O regime de tributação referido no **caput** não se aplica a investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País.

A confusão ocorre quando parcela da doutrina toma por regra norma que constitui evidente exceção¹⁶⁰, quando deveria asseverar que aos casos que não preenchem o benefício previsto, a regra geral da Lei nº 9.779/1999 é a norma aplicável¹⁶¹. Não é o outro o entendimento das instâncias administrativas fiscais federais, que excepcionam da incidência da alíquota de 25% apenas as expressamente disciplinadas^{162,163}.

Outro ponto de sensível relevância, já delineado brevemente neste estudo, decorre da alteração promovida pela Lei 11.727/2008, ao introduzir um tratamento diferenciado – quanto à tributação dos preços de transferência – às jurisdições que possuam estruturas jurídicas aptas a ocultar os beneficiários dos rendimentos

¹⁶⁰ “O regime de tributação visto acima (mais benéfico) aplica-se a todo o tipo de investimento feito por não residente, desse que sejam obedecidas as condições previstas na Resolução Bacen n. 2.689, de 26.01.2000, e desde que o aplicador seja residente, domiciliado ou sediado em um país que tribute normalmente os rendimentos por ele auferidos.

Quando os rendimentos ou ganhos nos mercados financeiro e de capitais forem auferidos através de investimentos originários de países com tributação favorecida, conhecidos como paraísos fiscais, o regime de tributação não será mais aquele visto acima, mas sim o mesmo a que se submetem os rendimentos e ganhos auferidos em operações financeiras realizadas por investidor residentes no Brasil (art. 16, § 2º, da Medida Provisória n. 2.189-49, de 23.08.2001), conforme exposto no item 6.1 supra.” BIANCO, 2005, p. 204.

¹⁶¹ MOSQUERA, 1999.

¹⁶² **EMENTA: RENDIMENTO S DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR - PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA - RENDIMENTOS DE IMÓVEIS.** Os valores pagos creditados, entregues, empregados ou remetidos ao exterior, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida, a título de rendimento de imóveis sujeitam-se à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), por não se incluírem entre as hipóteses de incidência previstas nos incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, únicas excetuadas da alíquota referida, devendo o imposto ser recolhido na data do fato gerador, sob o código de receita 9478, com indicação, no campo 03 do DARF, do CPF do procurador do beneficiário no país, responsável pela retenção. DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 8º, da Lei nº 9.779, de 19.01.1999, artigos 685, II, "b", 721, inciso I, 865, inciso I e 873, § 2º do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999; Ato Declaratório Executivo Corat nº 9 de 16/01/2002). RIO DE JANEIRO. Superintendência Regional da Receita Federal. **Imposto sobre a Renda Retido na Fonte e País com Tributação Favorecida.** Processo de Consulta nº 93/2003. Chefe Ana Celina de Araújo Chaves Perseke. Disponível em: http://www.deciso.es.com.br/v29/index.php?fuseaction=todas.pesquisar_tudo_form#ixzz2TsMOMRy3. Acesso em: 21 de Maio de 2013.

¹⁶³ **EMENTA: REMESSAS AO EXTERIOR - PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA.** Sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) qualquer rendimento pago, creditado, entregue, empregado ou remetido por fonte situada no País a beneficiário residente ou domiciliado em País com tributação favorecida (que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento), inclusive o relativo a juros sobre capital próprio. DESCRIÇÃO DOS FATOS E ENQUADRAMENTO LEGAL. Não se constata falta de regularidade na descrição dos fatos e no enquadramento legal correspondente, corroborados pela copiosa defesa apresentada pelo sujeito passivo que se defendeu das acusações e não indicou com precisão os defeitos apontados. MINAS GERAIS. Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora. 2ª Turma. **Imposto sobre a Renda Retido na Fonte e País com Tributação Favorecida.** Decisão 09-13719. Disponível em: http://www.deciso.es.com.br/v29/index.php?fuseaction=todas.pesquisar_tudo_form#ixzz2TsMoguYQ. Acesso em: 21 de Maio de 2013.

obtidos fora de seu território, concedendo benefícios de sigilo em matéria bancária, societária ou fiscal.

Ora, conforme o histórico de alterações legislativas indica, a introdução de critérios que qualificam os países com tributação favorecida quanto a preços de transferência em nada guarda relação com a definição aplicável aos investimentos nos mercados financeiro e de capitais, a não ser a sobreposição do critério original que define tais jurisdições como “países que não tributem a renda ou que a tributem à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento)”.

A vedação imposta pela baliza do princípio constitucional da estrita legalidade tributária¹⁶⁴ impede, além disto, que se estenda irrestritamente o âmbito de aplicação de tipos tributários cerrados, como os expostos, por mera interpretação extensiva do que estatuem os dispositivos legais por parte das autoridades fiscais fazendárias: ora, a definição aplicável aos preços de transferência é uma, e não pode ser confundida com aquela outra aplicável aos mercados financeiro e de capitais.

Embora constitua uma ofensa à ordem jurídica vigente que de outra forma se observe esta questão, a edição das Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal que arrolam as jurisdições consideradas países com tributação favorecida não fazem qualquer espécie de referência às definições distintas que a legislação oferece ao tema, pressupondo uma sorte de unicidade conceitual que, conforme explicitado ao longo deste estudo, inexistente.

Admitindo-se tal fato como premissa, verificar a natureza jurídica, a finalidade, e o âmbito de validade das instruções normativas editadas pela Secretaria da Receita Federal é, também a sua forma, importante, haja vista que nelas se encontra consubstanciado o entendimento das autoridades administrativas sobre a matéria.

Nesse sentido, instruções normativas, como enuncia Hely Lopes Meirelles¹⁶⁵, são atos administrativos expedidos, em geral, por Ministros de Estado para a execução de leis, decretos e regulamentos (Constituição Federal, art. 87,

¹⁶⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274-275.

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 186.

parágrafo único, inciso II), mas podem também, como no presente caso, serem expedidas por outros órgãos superiores para o mesmo fim (Secretaria da Receita Federal, por meio do Secretário da Receita Federal).

Tendo isto em tela, retoma-se o retrospecto apresentado no item 2.2.2, donde se pôde perceber que desde a criação do regime especial previsto pela Resolução CMN nº 2.689/2000 – e das alterações promovidas pela Lei nº 10.472/2002 – até a edição da Instrução Normativa nº 188/2002, a Secretaria da Receita Federal havia encontrado alguns problemas para fiscalizar os investimentos realizados por não residentes, levando aproximadamente 3 anos para editar lista que contemplasse tais jurisdições desde a introdução do conceito de “país com tributação favorecida” no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.430/1996.

Frise-se que até esse momento não havia qualquer problema em potencial com a atividade de fiscalização levada a efeito pela Receita Federal quanto a investimentos realizados por não residentes, uma vez que os conceitos eram, até então, uníssonos quanto aos elementos de identificação dos países com tributação favorecida. Contudo, a edição da Lei nº 10.472/2002, que modifica a extensão do conceito para preços de transferência, e que fundamentou a atualização da IN nº 188/2002, não fez distinção entre os âmbitos de validade do conceito aplicável a este segmento – preços de transferência –, e o aplicável aos mercados financeiro e de capitais.

Esse fato não apenas não foi notado, como foi reprisado com a promulgação da Lei nº 11.727/2008, e ampliado, por conseguinte, com a edição da Instrução Normativa nº 1.037/2008, que incorporando os novos critérios aplicáveis aos preços de transferência, novamente torna indistinta a qualificação entre um segmento e outro para fins de fiscalização.

O que se nota é que, em certa medida, as autoridades administrativas não auxiliam a clarificar o funcionamento do sistema tributário brasileiro ao investimento, de não residente, em portfólio, cujo conceito para qualificação é somente um: de que seja o investidor residente, domiciliado ou sediado, em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a 20%.

Em virtude disto, todas as adições de qualificadores quanto à legislação de preços de transferência, atinentes a informações societárias, ou identificação de beneficiários no exterior, por exemplo, estariam excluídas do âmbito de validade das normas tributárias que se referem aos mercados financeiros e de capitais¹⁶⁶, fato esse de tal sorte relevante que haveria de ser informado nas instruções normativas indicadas, quando, no entanto, não o foram.

O que se pode extrair dos fatos enunciados é que, em função de o tratamento fiscal aplicável ao tema ter sutis nuances, ao perceber-se que nos mercados financeiro e de capitais as regras-matrizes de incidência tributária tem um critério mais cerrado que o aplicável aos preços de transferência para definir quês jurisdições se configuram como “países com tributação favorecida” e, para estas, oferecer tratamento mais oneroso, pode-se ter a real compreensão do âmbito de validade das leis tributárias que orbitam a matéria.

Afora essa indigitada obscuridade na atual Instrução Normativa 1.037/2010, um segundo debate, que guarda íntima relação com o primeiro, se estabelece em virtude da natureza jurídica deste ato administrativo: seriam as referidas instruções normativas *taxativas*, de modo que mesmo para os casos onde uma alteração na legislação tributária de uma determinada jurisdição (i. e. política fiscal) a fizesse preencher os requisitos qualificadores de “país com tributação favorecida” nada poderiam fazer as autoridades fiscais se a jurisdição não estivesse arrolada nas mesmas? Ou seriam *exemplificativas*, estando a autoridade administrativa fiscal livre da observância absoluta das jurisdições indicadas nas mesmas, para exigir o cumprimento do que dispõe a lei?

Abordadas sob o prisma da teoria dos atos administrativos, conforme expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁷, as instruções normativas são atos vinculados, gerais e regulamentares (ou de execução), na medida em que pela própria natureza da matéria tributária conforme disciplinada pela Constituição Federal, não caberia a estes instrumentos cumprir outra função que não a de exclusivamente orientar a correta aplicação da lei.

¹⁶⁶ MEIRA, 2011, p. 355.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 197, 208, 216.

Em virtude disto, e face aos atributos que qualificam os atos administrativos – presunção de legitimidade; imperatividade; auto-executoriedade; e tipicidade –, a doutrina tem se posicionado majoritariamente no sentido de que o rol de países considerados jurisdições com tributação favorecida previsto na Instrução Normativa nº 1.037/2010 é taxativa, posição essa com a qual os tribunais administrativos superiores têm concordado¹⁶⁸.

Se assim considerarmos o rol previsto na Instrução Normativa, pode-se, de pronto, extrair dois cenários possivelmente benéficos ao investidor não residente que realize investimentos nos mercados financeiro e de capitais do Brasil.

No primeiro cenário, o investidor não residente utiliza-se de jurisdição que tenha minorado, por motivo qualquer (desde criação de novas modalidades societárias com benefícios fiscais, até uma mudança temporária em suas políticas fiscais), seu regime de tributação sobre a renda, e dada a necessidade de edição de nova instrução normativa incluindo tal jurisdição na lista de países com tributação favorecida, será tributado com os benefícios previstos na legislação brasileira (desde que cumpridos os requisitos) para investidor não residente.

No segundo cenário, adstrito aos mercados financeiro e de capitais, há que se notar que conforme apontado neste estudo o único critério apto a qualificar os países com tributação favorecida nesse segmento é o que utiliza a alíquota de tributação sobre a renda como referência (menor que 20%), enquanto os qualificadores quanto a identificação de beneficiários, acesso a informações, modelos societários específicos, entre outros, é aplicável apenas aos preços de transferência.

Disso se depreende que aos investimentos destinados aos mercados financeiro e de capitais, oriundos de jurisdições como o Uruguai (por meio das Sociedades Financeiras de Inversão), a Dinamarca e ao Reino dos Países Baixos (sob a forma de pessoa jurídica *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva), e demais arroladas no art. 2º, da Instrução Normativa nº 1.037/2010¹⁶⁹, reconhecidas por preencherem os requisitos de sigilo expostos

¹⁶⁸ Vide: BELLAN; SANTOS, 2011, p. 386-387.

¹⁶⁹ Na Islândia, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC); na Hungria, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de offshore KFT; nos Estados Unidos da América, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Limited Liability Company (LLC) estaduais,

acima, em tese, não se aplica o tratamento dado a países com tributação favorecida¹⁷⁰.

Quanto à posição minoritária, de que as referidas listas seriam exemplificativas, também há sólidos argumentos para sustentá-la. O mais relevante¹⁷¹, dentre estes, é o de que se alguma jurisdição preenchesse o requisito legal de “país com tributação favorecida”, e não estivesse contemplada na lista da Receita Federal, poder-se-ia configurar uma situação em que o tratamento legal é um e a interpretação da administração fiscal, outro; situação de aparente inconsistência.

Dito de outro modo, casos poderiam ocorrer em que a diretriz interna da administração fazendária (instrução normativa) impedisse a atuação apropriada de seus fiscais, porquanto contrária à determinação legal.

No entanto, ao que a pesquisa realizada nos tribunais administrativos e judiciais demonstra, as situações excepcionais em que tais casos poderiam ocorrer não geraram, ainda, matéria contenciosa, o que em alguma medida sustenta a primazia do primeiro entendimento, sobre o caráter taxativo das listas.

Em virtude dos argumentos e alicerces jurídicos apresentados, pode-se notar que há certa desarticulação entre os planos legal e infralegal no tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro oferece aos investidores residentes, domiciliados ou sediados em países com tributação favorecida.

Como visto, tal desarticulação decorre não apenas da ausência de unicidade conceitual quanto à qualificação destas jurisdições pela legislação brasileira, como também da falta de clareza quanto à real extensão do âmbito de validade dos conceitos esparsos que já existem.

Após o delineamento das regras-matrizes de incidência tributária atinentes ao imposto sobre a renda nos mercados financeiros e de capitais, é possível

cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; ou na Espanha, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.); em Malta, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC) e de International Holding Company (IHC).

¹⁷⁰ MEIRA, 2011, p. 355.

¹⁷¹ BIANCO, 2005, p. 205-206.

perceber de forma mais acurada os limites reais de tais definições, assim como a origem normativa dos critérios que as constituem. O objetivo de identificar de que forma as alterações normativas, em nível legal e infralegal, por certo adquire melhores contornos quando a norma tem seus elementos formadores expostos com a clareza do método.

CONCLUSÃO

A dinâmica atual dos mercados financeiro e de capitais tem requerido crescente atenção dos Estados quanto aos parâmetros legais que orientam sua operação, regulação e fiscalização. Não por outro motivo, os últimos anos – como reflexo da reestruturação de nossos mercados ocorrida na década de 90 – tem proporcionado um sensível interesse dos investidores não residentes no Brasil em trazerem para cá seu capital e aqui constituírem um portfólio de ativos.

Em face de tal cenário, contrapôs-se a existência de dois tipos de investidores distintos. O primeiro é residente, domiciliado ou sediado em país tido como “regular” em matéria fiscal perante a comunidade internacional. O segundo, reside, é domiciliado ou sediado em jurisdição reconhecida como “país com tributação favorecida”, por oferecer vantagens de cunho fiscal ou informacional aos rendimentos oriundos de capital estrangeiro migrado para a mesma.

O critério habitual utilizado internacionalmente para realizar essa distinção foi também apresentado (o conceito utilizado pela OCDE), assim como a tentativa de identificar-se a definição utilizada pelo Brasil para empreender tal diferenciação.

No entanto, o esforço para busca de um conceito único de “paraíso fiscal” na legislação brasileira demonstrou-se infrutífero. Isso porque o exercício de regressão legislativa levado a efeito apontou para um fato ineludível do restante do estudo: inexistente uma definição legal unívoca para classificar as referidas jurisdições como países com tributação favorecida.

Verificou-se, ademais, que as alterações promovidas nas leis que ocupavam-se do tema em segmentos distintos – como de preços de transferência e dos mercados financeiro e de capitais – não foram compassadas, de modo que a primeira incorporou muitos elementos de inclusão de jurisdições ao longo do tempo, ao passo que a segunda manteve o conceito original inalterado.

Esse fato tornou, por conseguinte, o primeiro conceito mais abrangente que o segundo, restando aqui a conclusão a respeito da primeira dimensão apontada na introdução do presente estudo: não somente inexistia unicidade conceitual relativamente à definição de “paraísos fiscais” na legislação interna do Brasil, como também os elementos que informam estas diferentes definições tornam uma mais ampla que outra.

Alheias a tais conclusões, foram editadas instruções normativas (normas complementares, na dicção do Código Tributário Nacional), que arrolam topicamente que jurisdições seriam consideradas, ou não, “paraísos fiscais” para fins de fiscalização da Receita Federal. Alicerçadas em um conceito mais abrangente que o aplicável ao imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos dos mercados financeiros e de capitais, indagou-se sobre a natureza taxativa ou exemplificativa das mesmas.

A resposta majoritária a esta indagação – de que as listas seriam taxativas – é, ao que se conclui, a mais acertada, na medida em que é capaz de fazer transparecer o intuito da administração fazendária em tornar previsível a sua atuação perante eventual investidor.

A ressalva a ser necessariamente erguida é que, conforme explicitado, pecam os referidos instrumentos normativos ao não esclarecerem que o rol de jurisdições que admitem as modalidades societárias listadas, pertencentes aos “regimes fiscais privilegiados”, não é aplicável aos mercados financeiro e de capitais. E não o é por motivo já evidenciado: não há previsão legal expressa nesse sentido.

A importância da problemática adquire relevo ao abordar-se – a partir do desenho das regras-matrizes de incidência tributária do imposto sobre a renda nas operações que envolvem investimentos em portfólio, considerando-se a eventual existência de tratado para evitar a dupla tributação –, a diferença de impacto

pecuniário (decorrente da grande variação entre as alíquotas aplicáveis) percebido pelos distintos tratamentos fiscais aplicáveis aos investidores não residentes, quando domiciliados, ou não, em países considerados “paraísos fiscais”.

Em que pese os elementos apresentados demandarem uma postura clara das autoridades administrativas fiscalizadoras, inclusive com vistas a oferecer um ambiente de mercado mais transparente e aprazível aos investidores não residentes, conforme exposto, até o momento não há manifestação contenciosa ou consultiva dos órgãos responsáveis sobre o tema.

No entanto, à luz dos fundamentos trazidos ao longo deste estudo, e pelo que se extrai do posicionamento doutrinário acerca da problemática posta – ainda não apreciada pelos tribunais administrativos –, pode-se afirmar que, em princípio, os investimentos em portfólio realizados por investidor residente, domiciliado ou sediado em jurisdições que preencham determinadas características dispostas no art. 24-A da Lei 11.727/2008¹⁷² – a exemplo das já mencionadas *holding companies* dinamarquesas e holandesas –, serão tributados com as mesmas condições benéficas aplicáveis a quaisquer outros investidores não residentes.

Em virtude de todas as nuances deste imbricado tema, o que uma percepção final é capaz de indicar é que ambas, legislação brasileira e instrumentos de Direito Internacional Público aplicáveis ao tema, estão inseridos em um momento de singular tensão, em que há forte pressão pela liberalização dos mercados financeiros e de capitais em uma face, e a constante investida dos Estados para refrear a migração de capital mais volátil para jurisdições que oferecem vantagens fiscais em outra face.

A tendência, ao que se verifica pela evolução histórica do tratamento ofertado ao tema, segue rumo à uniformização das legislações que se ocupam do assunto, buscando-se evitar descompassos que impeçam ou atrapalhem as relações

¹⁷² (i) concedam vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência ou condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (ii) ou não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

comerciais internacionais, no mesmo tom em que os Estados buscam represar, ou mitigar, a fuga de receitas fiscais em potencial.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ADONNINO, Pietro. **Stati e Territoti Aventi Regime Fiscale Privilegiato e Loro Concreta Identificazione**. Dir. prat. Trib. Padova: CEDAM, 1993, a. LXIV, mar.-apr., p. 500-509.

ALESSI, Renato; STAMMATI, Gaetano. **Istituzione di Diritto Tributario**. Torino: Torinese, 1964.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BELLAN, Daniel Vitor; SANTOS, João Victor Guedes. **Origem do Capital Investido: Regimes Diferenciados de Tributação**. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCO, João Francisco. **Investimentos Estrangeiros no Brasil**. In: **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiro e de Capitais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BIFANO, Elidie Palma. **O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BLUMENSTEIN, Ernst. **Sistema di Diritto delle Imposte**. Milão: Giuffrè, 1954.

BÜHLER, Ottmar. **Principios de Derecho Internacional Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Mercosul e Tributos Estaduais, Municipais e Distritais**. In: Revista de Direito Tributário nº 64. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 3ª Ed. Paris : LGDJ, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria da Norma Tributária**. 5ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHRÉTIEN, Maxime. **A la Recherche du Droit International Fiscal Commun**. Paris: Sirey, 1955.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães. **Da Qualificação em Direito Internacional Privado**. Lisboa: Editorial Império, 1964.

CONTRINO, Angelo. **Elusione Fiscale, Evasione e Strumenti di Contrasto: Profili Teorici e Problematiche Operative**. Bologna: Cisalpino, 1996. 514 p.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

GLOS, George E. **The Analysis of a Tax Haven: The Liechtenstein Anstalt**. International Lawyer, 1984.

GORDON, Richard A. **Tax Havens and Their Use By United States Taxpayers - An Overview**. Washington: Counsel for International Taxation, 1981. Disponível em: <http://ia600308.us.archive.org/32/items/taxhavenstheirus01gord/taxhavenstheirus01gord.pdf>. Acesso em 15 de Março de 2013.

GRAVELLE, Jane G. **Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion**. Congressional Research Service, Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf>. Acesso em 17 de Março de 2013.

HORVATH, Estevão; CARVALHO, Nelson Ferreira de. **Tratado Internacional em Matéria Tributária pode Exonerar Tributos Estaduais?** In: Revista de Direito Tributário nº 64, 1993.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997.

HULL, John C. **Mercados Futuros e de Opções**. São Paulo: BM&FBovespa, 2009.

International Bureau of Fiscal Documentation. **International Tax Glossary**. Amsterdã: IBFD, 1996.

ISHIKAWA, Sérgio; MELLAGI FILHO, Armando. **Mercado Financeiro e de Capitais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUILLARD, Patrick. **L'Evolution des Sources du Droit des Investissements**. Recueil des Cours de l'Academie du Droit International, The Hague, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNECHTLE, Arnold A. **Basic Problems of International Fiscal Law**. Deventer: Kluwer, 1979.

MAISTO, Guglielmo. **Il Regime Tributario delle Operazioni Intercorrenti tra Imprese Residenti e Società estere Soggette a Regime Fiscale Privilegiato**. Riv. Dir. trib. Milano: Giuffré, 1991.

MANN, Frederick Alexander. **The Doctrine of Jurisdiction in International Law**. In: **Studies in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1973.

MARQUES DOS SANTOS, António Novais. **As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado**. Vol II. Coimbra: Almedina, 1991.

MARTHA, Rutsel Silvestre. **The Jurisdiction to Tax in International Law**. Deventer: Kluwer, 1989.

MEIRA, Thaís de Barros. Principais Aspectos Fiscais Relacionados ao Investimento Estrangeiro no Brasil. In: **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOURÃO, Ricardo Genis. Investimentos Estrangeiros no Brasil: Instrumentos Regulatórios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **O Direto Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 1999.

ORLOV, Mykola. **The Concept of Tax Haven – a Legal Analysis**. Kiev: Intertax, 2004. Disponível em: http://asterslaw.com/upload/iblock/6bb/mvo_041.pdf. Acesso em: 15 de Março de 2013.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias. **Droit International Public**. Paris: LGDJ, 2009.

PEREZ DE AYALA, José Luis; GONZALEZ, Eusebio. **Curso de Derecho Tributario**. Madrid: Editorial Edersa, 1991.

PISTONE, Antonio. **Diritto Tributario Internazionale**, in: **L'ordinamento Tributario**. Padova: CEDAM, 1986.

PISTONE, Antonio. **La Giuridificazione Tributaria in Rapporto Agli Altri Rami del Diritto**. Padova: CEDAM, 1994.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. Barueri: Manole, 2003.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVEIRO, Ricardo Enrique. **Planificación Impositiva Internacional – paraísos fiscais**. Sexto Congresso Tributário, 1998.

ROTHMANN, Gerd Willi. **Considerações sobre Extensão e Limites do Poder de Tributar**. In: **Estudos Tributários em Homenagem a Rubens Gomes de Sousa**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

RUDOLF, Walter. **Über Territoriale Grenzen**. München: Geburtstag, 1975.

SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection**. Nijhoff, 1997.

SACHETTO, Claudio. **Territorialità (Diritto Tributario)**. In: **Enciclopedia del Diritto**, XLIV. Milano, 1992.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. **Tributação dos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011. Série GV/law.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Série GV/law.

SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen. **Die Extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten**. Frankfurt: Klostermann, 1962.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2006.

SOUSA, Rubens Gomes de. **A Evolução do Conceito de Rendimento Tributável**. In: **Revista de Direito Público nº14**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres – 3 Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

TIEFENBRUN, Susan. **U.S. Foreign Trade Zones, Tax-Free Trade Zones of the World, and Their Impact on the U.S. Economy**. San Diego: Selected Works, August, 2012. 90p. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=susan_tiefenbrun. Acesso em: 17 de Março de 2013.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001.

UDINA, Manlio. **Il Diritto Internazionale Tributario**. Pádova: CEDAM. 1949.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. II. São Paulo: Alexis Mundi/IBET, 2003.

VOGEL, Klaus. **Der Räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm**. Berlin: Metzner, 1965.

VOGEL, Klaus. **On Double Taxation Conventions**. Deventer: Kluwer, 1997.

VOGEL, Klaus. **Worldwide vs. Source Taxation Income – a Review and Re-evaluation of Arguments**. International Tax Review, 1988.

WILLIAMS, David. **Trends in International Taxation**. Amsterdam: International Fiscal Association, 1991.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

XAVIER, Alberto. **Manual de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1981.

XAVIER, Alberto. **Tributação da Remuneração de Administradores com Dupla Residência**. In: **Direito Tributário e Empresarial – Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ZUNZUNAGUI, Fernando. **Derecho del Mercado Financiero**. 3ª Ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2005.

Legislação

BRASIL. **Ato Declaratório Executivo da Receita Federal do Brasil nº 10, de 24 de Junho de 2010**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AtosExecutivos/2010/RFB/ADRFB010.htm>. Acesso em: 7 de Abril de 2013.

BRASIL. **Ato Declaratório Executivo da Receita Federal do Brasil nº 11, de 24 de Junho de 2010**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AtosExecutivos/2010/RFB/ADRFB011.htm>. Acesso em: 7 de Abril de 2013.

BRASIL. **Ato Declaratório Executivo da Receita Federal do Brasil nº 3, de 25 de Março de 2011**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AtosExecutivos/2011/RFB/ADRFB003.htm>. Acesso em: 7 de Abril de 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 de Maio de 2013.

BRASIL. **Decreto nº 1.307, de 09 de Novembro de 1994**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Monetário Nacional. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/leisedecretos/port/dec1307.pdf>. Acesso em: 06 de Maio de 2013.

BRASIL. **Decreto nº 3.000, de 26 de Março de 1999**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ri/L2Parte1.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 21 de Maio de 2013.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.037, de 4 de Junho de 2010.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2010/in10372010.htm>. Acesso em: 7 de Abril de 2013.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.045, de 23 de Junho de 2010.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2010/in10452010.htm>. Acesso em: 7 de Abril de 2013.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 208, de 27 de Setembro de 2002.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2002/in2082002.htm>. Acesso em: 13 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.451, de 27 de Dezembro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10451.htm. Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.833, de 29 de Dezembro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.833.htm. Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.033, de 21 de Dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11033.htm. Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.727, de 23 de Junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11727.htm. Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de Dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 06 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de Julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm. Acesso em: 06 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 29 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 07 de Dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 06 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 28 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.481, de 13 de Agosto de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9481.htm. Acesso em: 28 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.779, de 19 de Janeiro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9779.htm. Acesso em: 28 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.959, de 27 de Janeiro de 2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9959.htm. Acesso em: 28 de Março de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.981, de 20 de Janeiro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em: 14 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 3 de Março de 2013.

BRASIL. **Resolução CMN nº 2.689 de 26 de Janeiro de 2000.** Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=100014927>. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

BRASIL. **Instrução CVM nº 325 de 27 de Janeiro de 2000.** Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiato.asp?File=%5Cinst%5Cinst325.htm>. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular Bacen nº 2.963, de 26 de Janeiro de 2000.** Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2000/pdf/circ_2963_v1_O.pdf. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular nº 3.401, de 15 de Agosto de 2008.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/rex/rmcci/ftp/rmcci-1-03.pdf>. Acesso em: 16 de Maio de 2013.

BRASIL. **Instrução CVM nº 409 de 18 de Agosto de 2004.** Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiato.asp?file=%5Cinst%5Cinst409consolid.htm>. Acesso em: 15 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 7.713, de 22 de Dezembro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 7.766, de 11 de Maio de 1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7766.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de Maio de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.541, de 23 de Dezembro de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8541.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.668, de 25 de Junho de 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8668.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.532, de 10 de Dezembro de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.158, de 24 de Agosto de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.892, de 13 de Julho de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.892.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.053, de 29 de Dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11053.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.312, de 27 de Junho de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11312.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.478, de 29 de Maio de 2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11478.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.024, de 27 de Agosto de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12024.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2013.

FRANÇA. **Code Général des Impôts - CGI.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>. Acesso em: 17 de Março de 2013.

ITÁLIA. **Decreto 21 Novembre de 2001.** Disponível em: <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2001/273/10.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2013.

ITÁLIA. **Decreto 4 Maggio de 1999.** Disponível em: <http://gazzette.comune.jesi.an.it/107-99/5.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2013.

PANAMÁ. **Corporation Law of Panama.** Disponível em: <http://www.legalinfo-panama.com/english/corplaw.pdf>. Acesso em: 17 de Março de 2013.

Publicações

Balance of Payments Manual. Washington: International Monetary Fund, 1993. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 13 de Março de 2013.

Base de Dados – Investimentos em Portfólio. Washington: Banco Mundial. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/BX.PEF.TOTL.CD.WD>. Acesso em: 13 de Março de 2013.

Capital Movement Liberalisation Code. Paris: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2013. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/capital%20movements_web%20english.pdf. Acesso em: 13 de Março de 2013.

Global Liquidity and Financial Flows to Developing Countries: New Trends in Emerging Markets and their Implications. Suíça: Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento, 2008. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/gdsmdpg2420083_en.pdf. Acessado em: 13 de Março de 2013

Harmful Tax Competition. Paris: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>. Acesso em: 13 de Março de 2013.

Tax Justice Network Report. Londres. Disponível em: http://www.taxjustice.net/cms/front_content.php?idcatart=2&lang=1. Acesso em: 13 de Março de 2013.

World Investment Report. Suíça: Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento, 2012.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Balança de Pagamentos.** Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>. Acesso em: 3 Março de 2013.

Jurisprudência

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Extradução nº 662-2 de 28 de Novembro de 1996. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo73.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2013.

MINAS GERAIS. Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora. 2ª Turma. **Imposto sobre a Renda Retido na Fonte e País com Tributação Favorecida.** Decisão 09-13719. Disponível em: http://www.decisoes.com.br/v29/index.php?fuseaction=todas.pesquisar_tudo_form#ixzz2TsMoguYQ. Acesso em: 21 de Maio de 2013.

RIO DE JANEIRO. Superintendência Regional da Receita Federal. **Imposto sobre a Renda Retido na Fonte e País com Tributação Favorecida**. Processo de Consulta nº 93/2003. Chefe Ana Celina de Araújo Chaves Perseke. Disponível em: http://www.deciso.es.com.br/v29/index.php?fuseaction=todas.pesquisar_tudo_form#ixzz2TsMOMRy3. Acesso em: 21 de Maio de 2013.